دولة الإمارات العربية المتحدة
حكومة دبي
دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث
دبي



سلسلة الدراسات الفقهية
(١)

التهذيب في اختصار المدونة

تأليف

أبي سعيد البراذعي

خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني

من علماء القرن الرابع الهجري

الجزء الرابع

دراسة وتحقيق

الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ

الباحث بدار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي


بسم الله الرحمن الرحيم

التهذيب

في اختصار المدونة

الطبعة الأولى

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

الإمارات العربية المتحدة - دبي - هاتف: ٣٤٥٦٨٠٨، فاكس: ٣٤٥٣٢٩٩، ص.ب: ٢٥١٧١
الموقع www.bhothdxb.org.ae البريد الإلكتروني irhdubai@bhothdxb.org.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب المأذون له في التجارة[1] ﴾

[في إذن السيد لعبده في التجارة والصنعة]

[2] ومن خلّى بين عبده وبين التجارة اتجر فيما شاء ، ولزم ذمته ما داين به الناس من جميع أنواع التجارات ؛ لأنه أقعده للناس ولا يدري الناس لأي أنواع التجارات أقعده .

وأما إن أقعده ذا صنعة مثل قصار وأمره بعمل القصارة فلا يكون ذلك إذناً في التجارة ولا في المداينة فيها .

[في المأذون يؤخر غريماً أو يحط عنه]

وإذا أخّر المأذون غريماً له بدين أو حطه [عنه][3] نظراً واستيلافاً ، جاز . ولا تجوز على غير ذلك كالوكيل [المفوض][4]، وأما الوكيل المخصوص على بيع سلعة يضع من ثمنها بعد البيع فلا يلزم ذلك ربّها .

[فيما لا يجوز للمأذون فعله]

وليس للعبد الواسع المال أن يعق عن ولده ويطعم لذلك الطعام إلا أن يعلم أن

---

(١) وسيتناول أيضاً غير المأذون له .

(٢) في ك : قال ابن القاسم .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ق .

سيده لا يكره ذلك ، ولا له أن يصنع طعاماً ويدعو إليه الناس إلا أن يأذن سيده[1] ، إلا أن يفعل ذلك المأذون استيلافاً للتجارة ، فيجوز .

ولا له أن يعطي من ماله شيئاً بغير إذن سيده ، كان مأذوناً أو غير مأذون ، وكذلك العارية .

[فيما استدان العبد الذي لم يؤذن له]

[2] وما استدان العبد ولم يؤذن له في التجارة فلا يتبع بشيء من ذلك إلا أن يعتق يوماً ما فيتبع بذلك في ذمته ، إلا أن يفسخه عنه سيده أو السلطان ؛ لأن ذلك يعيبه ، وليس لمن داينه بغير إذن سيده أن يوجب في رقبته عيباً فإذا فسخه عنه سيده أو السلطان برئت ذمته ولم يتبع به إن عتق .

[3] وكل ما صار بيد المأذون على الطوع من معطيه من دين أو وديعة أو أمانة فاستهلكه ، [فذلك][4] في ذمته لا في رقبته ، وليس للسيد فسخه عنه .

[في بيع المأذون له لأم ولده أو ولده]

قيل لمالك : أيبيع المأذون أم ولده ؟ قال : إن أذن له سيده [فله أن يبيعها][5] . قال ابن القاسم : وأما فيما عليه من دين فإنها تباع ؛ لأنها مال له ولا حرية فيها ولم يدخلها من الحرية ما دخل أم ولد الحر ، وأما ولده منها فلا يباع في دينه ؛ لأن

---

(١) في ق : بغير إذن السيد .

(٢) في ك : قال ابن القاسم .

(٣) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من هـ .

ولده ليس بمال له . ولو اشترى المأذون ولده وعليه دين فإنهم يباعون [عليه][1] في دينه ؛ لأنه أتلف أموال غرمائه وهم في هذا الموضع ملكه[2] .

[في رد السيد هبة من له رق فيه]

وللسيد رد ما وهب العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد لو تصدقوا به ، وإن استهلك ذلك من أخذه غرم القيمة لهم ، إلا أن يكون ذلك من السيد انتزاعاً من غير المكاتب ، فيقبض هو القيمة ، ولو ردّه ولم ينتزعه وأقره لهم ثم مات السيد أو فلس فذلك لهم ، ولو أعتقهم تبعهم ذلك .

ولو كان إذ رده استثناه لنفسه كان ذلك له ، إلا في المكاتب فإنه للمكاتب إذ لا ينتزع ماله ، أو يكون إنما رده في مرضه ، فإنّ رده جائز ، ولكن يبقى ذلك للمدبر وأم الولد ، ولا ينتزعه إذ لا ينتزع أموالهما في المرض .

[في دين المأذون له ومحاصة السيد لغرمائه]

ومن استتجر عبده بمال دفعه إليه فلحق العبد دين ، كان دينه فيما دفع إليه سيده وفي مال العبد ، ويكون بقية الدين في ذمة العبد ، لا في رقبته ، ولا يكون في ذمة السيد من ذلك الدين شيء .

ولا يحاص السيد غرماء عبده بما دفع إليه من مال استتجره به ، إلا أن يكون عامله بعد ذلك فأسلفه أو باعه بيعاً صحيحاً بغير محاباة ، فإنه يضرب بذلك فيما دفع إليه من المال ليتّجر به وفي مال العبد ، وإن دفع العبد إلى سيده في ذلك رهناً كان السيد أحق به .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ك : لأنه أتلف مال غيره ، ويتهم في هذا الموضوع .

وإن ابتاع من سيده سلعة بثمن كثير لا يشبه الثمن مما يعلم أنه توليج[(١)] لسيده[(٢)] ، فالغرماء أحق بما في يد العبد ، إلا أن يبيعه بيعاً يشبه الثمن[(٣)] ، فهو يحاص به الغرماء .

[فيما وهب للمأذون أو أفاده ، وذكر ما يلزم العبد إن عتق]

وما وُهِب للمأذون وقد اغترقه دين ، فغرماؤه أحق به من سيده ، والسيد أحق بكسبه وعمل يده وأرش جراحه وقيمته إن قُتل ، وإن خارجه سيده لم يكن للغرماء من [عمل][(٤)] يده شيء ، ولا من خراجه ولا مما يبقى في يد العبد بعد خراجه ، وإنما يكون لهم ذلك في مال إن وُهب للعبد أو تصدق به عليه أو أوصى به فقبله العبد ، فإن أعتق العبد يوماً ما ، بقي الدين في ذمته .

[في السيد أو غيره يجد ما ابتاعه بيد العبد بعد فلسه]

ولو باعه السيد سلعة بعينها ففلس العبد وهي قائمة في يده فسيده أحق بها ، إلا أن يرضى الغرماء بدفع ثمنها إلى السيد فذلك لهم .

وإن أسلمت إلى عبدك المأذون أو إلى أجنبي دنانير في طعام ثم فلس والدنانير قائمة بيده لم تفت ، فإن شهدت عليها بينة لم تفارقه أنها بعينها ، فأنت أحق بها من الغرماء .

---

(١) التوليج : المحاباة ـ كما تقدم ـ .

(٢) في ك : للسيد .

(٣) في ك و ق : يشبه البيع .

(٤) سقطت من ك .

قال ابن وهب عن مالك : ومن ابتاع زيتاً فصبّه على زيت له بمحضر بينة ، ثم فلس المبتاع ، فالبائع أحق بمقدار زيته منه ، وهو كعين قائمة ، وليس خلط المبتاع إياه يمنع البائع من أخذه ، وكذلك إن دفع إلى صرّاف دنانير فصبها في كيسه بمحضر بينة ثم بان فلسه .

والرجل يشتري بزاً فيرقمه ويخلطه ببز عنده فليس هذا وشبهه بالذي يمنع الناس من أخذ ما وجدوا من متاعهم إذا فلس المبتاع .

قال أشهب : هو أحق بالعرض ، وأما العين فهو فيه أسوة الغرماء[1] .

[في إقرار المأذون له بدين ، وعهدة ما يشتريه]

وإقرار المأذون في صحته أو في مرضه بدين لمن لا يتهم عليه جائز ، إلا أن يقر بعد قيام غرمائه ، فلا يجوز ذلك كالحر في الوجهين . ويجوز إقراره بالدين فيما بيده من المال ، وإن حجر عليه سيده فيه ما لم يفلس .

ولا تلزم السيد عهدة فيما يشتري المأذون إلا أن يكون قال للناس : بايعوه وأنا له ضامن ، فيلزم ذلك ذمة السيد وذمة العبد أيضاً ، ويباع العبد عليه في ذلك إن لم يوف عنه سيده .

---

(١) والمشهور في المذهب قول ابن القاسم أن للغريم أخذ عين ماله سواءِ كان عرضاً أو عيناً ، وإلى ذلك أشار خليل بقوله : « وللغريم أخذ عين ماله المحاز عنه في الفلس . . . ولو مسكوكاً » قال عليش معلقاً على قوله : « ولو مسكوكاً » : وأشار بالمبالغة لقول : « أشهب ليس له أخذه » ؛ لأن الأحاديث إنما فيها من وجد سلعته أو متاعه والمسكوك لا يطلق ذلك عليه عرفاً ، أما ابن القاسم فقد قاس العين على السلعة . انظر : مختصر خليل (١٨٧) ، منح الجليل (٦١/٦) .

[في استئجار المسلم عبده النصراني، وإذن أحد الشريكين للعبد، وقسمة ماله]

قال مالك : ولا أرى للمسلم أن يستتجر عبده النصراني ولا يأمره ببيع شيء لقول الله تعالى : ﴿ وأخذهم الربا وقد نُهوا عنه ﴾[1].

ولا يجوز لأحد الشريكين في العبد أن يأذن له في التجارة دون صاحبه وكذلك قسمة ماله ، ولا يلزم ذلك من أبى منهما ؛ لأنه ينقص العبد .

ومن دعا إلى بيعه منهما فذلك له ، إلا أن يتقاوماه بينهما .

[في اختلاف السيد والعبد في ماله]

وإذا كان على المأذون دين يحيط بماله فادعى السيد في مال بيد العبد أنه له ، وقال العبد : بل هو لي ، فالقول قول العبد ، ولو كان محجوراً عليه كان القول قول السيد ، كقول مالك في ثوب بيد العبد يقول : فلان أودعنيه ، وسيده يدعيه ، فالسيد مصدق إلا أن يقيم فلان بينة .

[في الحجر على الولد والمأذون له]

ومن أراد أن يحجر على ولده[2] فلا يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه السلطان للناس ويسمع به في مجلسه ويشهد على ذلك ، فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود عليه .

---

(١) سورة النساء ، الآية (١٦١) .

(٢) في ق و ط و ز : وليه . والمثبت من هـ ، وهو الذي في متن التقييد شرح التهذيب .

وكذلك المأذون له لا ينبغي للسيد أن يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه السلطان للناس ، ويأمر به فيطاف به حتى يعلم ذلك منه .

ولا يجوز للعبد المحجور عليه في ماله بيع [ولا شراء][1] ولا إجارة ولا أن يؤجر عبداً له إلا بإذن سيده في ذلك كله .

وإذا لحق المأذون دين يغترق ماله فلسيده أن يحجر عليه ويمنعه من التجارة ، ودَيْنُهُ في ماله ، ولا شيء لسيده في ماله ، إلا أن يفضل عن دينه شيء ، أو يكون السيد داينه ، فيكون أسوة الغرماء ، وليس للغرماء أن يحجروا عليه ، وإنما لهم أن يقوموا [عليه][2] فيفلسوه وهو كالحر في هذا .

* * *

* *

*

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ق .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الحمالة[1] ﴾

[في ضمان الوجه والمال]

[2] ومن قال لرجل : أنا حميل لك بفلان أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو قبيل أو هو لك عندي أو عليّ أو إليّ أو قبلي ، فذلك كله حمالة لازمة إن أراد الوجه لزمه ، وإن أراد المال لزمه ما شرط ، فإن شرط بالمال فأتى بالغريم عند الأجل عديماً[3] لم يبرأ وغرم .

وأما إن تكفل برجل أو بنفسه أو بعينه أو بوجهه إلى أجل ، ولم يذكر مالاً ، فإنه إذا أتى بالرجل عند الأجل مليّاً أو معدماً [برئ][4]، فإن لم يأت به حينئذ والغريم حاضر أو غائب ، قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه ، تلوّم السلطان للحميل ، فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه وإلا غرم .

---

(١) الحمالة والكفالة والضمان والزعامة والقبالة والإذانة كلها في اللغة بمعنى واحد ، تقول العرب : هذا حميل بكذا أو زعيم به أو كفيل أو قبيل أو أذين به أو ضامن له .

وفي الاصطلاح عرفها ابن عرفة بقوله : « هي التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له » ، وعرّفها ابن الحاجب بأنها : « شغل ذمة أخرى بالحق » . انظر : التقييد (٣١٢/٥)، شرح حدود ابن عرفة (٤٤٥)، جامع الأمهات لابن الحاجب (٣٩١)، منح الجليل (١٩٨/٦).

(٢) في ك : قال ابن القاسم .

(٣) في ك : فأتى بالغريم معدما .

(٤) سقطت من ك .

وإن بعدت غيبة المكفول به غرم الحميل مكانه ، ولو شرط حميل الوجه أني[١] أطلبه فإن لم أجده برئت من المال ، ولكن عليّ طلبه حتى آتي به ، لم يلزمه إلا ما شرط .

قال غيره[٢]: لا يلزمه من المال شيء جاء بالرجل ، أو لم يأت به ، إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره ففرّط فيه حتى أعوزه[٣]، فهذا قد غره .

وإذا مات الغريم برئ حميل الوجه ؛ لأن النفس المكفولة قد ذهبت ، ولو غرم الحميل ثم أتى ببينة[٤] أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء ، رجع الحميل بما أدى على رب الدين ؛ لأنه لو علم أنه ميت حين أخذ به الحميل لم يكن عليه شيء ، وإنما تقع الحمالة بالنفس ما كان حياً ، ولو قدم الغريم [أو أتى به بعد غرم الحميل][٥] لم يرجع إلا عليه .

قال : وإن أخذ به فلم يقض عليه الحاكم بالغرم حتى أحضره برئ ، ولو كان قد حكم عليه بالمال بعد التلوم لزمه المال ومضى الحكم .

وإذا حبس المحمول بعينه فدفعه الحميل إلى الطالب وهو في السجن برئ الحميل ؛

---

(١) في ك : فقال : إني .

(٢) قال الزرويلي : قول الغير هنا تتميم ، أي : وليس خلافاً . قلت : ولم أقف على تعيين الغير هنا في كتب المذهب . انظر : التقييد (٥/٣١٤).

(٣) أعوزه : أي أعجزه . وقوله : قد غره : أي فيلزمه المال حينئذ . انظر : المدونة (٥/٢٥٣)، التقييد (٥/٣١٤).

(٤) في ك : ثم أتت بينة .

(٥) سقطت من هـ .

لأن الطالب يقدر على أخذه في السجن ، ويحبس لـه في حقـه[1] ، بعـد تمـام مـا سـجن فيه . وكذلك إن دفعه إليه بموضع فيه حكم وسلطان وإن لم يكن ببلده ، فيبرأ .

وإن دفعه إليه بموضع لا سلطان فيه أو في حال فتنة أو بمفازة أو بمكان يقدر الغـريم على الامتناع منه ، لم يبرأ منه الحميل حتى يدفعه إليـه بموضـع يصـل إليـه وفيـه سـلطان فيبرأ ، وإن أمكن الغريم الطالب من نفسـه وأشـهد أني قـد دفعـت نفسـي إليـك بـراءة للحميل ، لم يبرأ بذلك الحميل ، وإن كـان بموضـع تُنفّـذ فيـه الأحكـام ، حـتى يدفعـه الحميل بنفسه أو وكيله إلى الطالب ، فإن لم يقبل ذلك الطالب أشهد عليه وكـان ذلـك له براءة .

قال ابن القاسم : ومن ادعى على رجل حقاً فأنكره فقال له رجل : أنا به حميل[2] إلى غد ، فإن لم أوفّك به في غـد فأنـا ضـامن للمـال ، فلـم يـأت بـه في غـد فـلا يلـزم الحميل شيء حتى يثبت الحق ببينة فيكون حميلاً بذلك ، وإن أنكر المدعى عليـه ثم قـال للطـالب : أجلـني اليـوم فـإن لم أوفـك غـداً فـالذي تدعيـه ، قبلـي ، فـهذا مخـاطرة ولا شيء عليه .

ومن قال : لي على فلان ألف درهم ، فقال له رجل : أنا بها كفيل ، فـأتى فـلان فأنكرها ، لم يلزم الكفيل شيء حتى يثبت ذلك ببينة .

[فيمن أدّى عن رجل حقاً عليه بغير أمره ، أو تكفل عن صبي أو أدى عنه]

ومن أدّى عن رجل حقاً بغير أمره فله أن يرجع به عليه .

---

(١) في هـ : في دينه .

(٢) في ك : أنا لك به كفيل .

وكذلك من تكفل عن صبي بحق قضي به عليه ، فإن أداه عنه بغير أمر وليه فله أن يرجع في مال الصبي .

وكذلك لو أدى عنه ما لزمه من متاع كسره أو أفسده أو اختلسه ؛ لأن ما فعل الصبي من ذلك يضمنه[1] .

[فيمن له على رجل قرض ألف درهم وكفالة ألف فقضاه ألفاً]

ومن له على رجل ألف درهم من قرض ، وألف من كفالة فقضاه [الغريم][2] ألفاً ، ثم ادعى أنها القرض ، وقال المقتضي : بل هي الكفالة ، قُضي بنصفها عن القرض ونصفها عن الكفالة .

وقال غيره[3]: القول قول المقتضي مع يمينه ؛ لأنه مؤتمن مدعى عليه ، وورثة الدافع في قوليهما[4] كالدافع .

[في مطالبة الكفيل ، وكيف إن مات الغريم]

قال مالك : ومن تحمل برجل أو بمال عليه فليس للذي له الحق إذا كان الغريم حاضراً مليئاً أن يأخذ من الكفيل شيئاً إلا ما عجز عنه الغريم. وكان مالك

---

(١) في ك : لزمه ويضمنه .

(٢) سقطت من ق و هـ .

(٣) الغير هنا يريد به عبد الملك ابن الماجشون وأشهب ، وهذا أيضاً قول سحنون ، والمشهور في المذهب رواية ابن القاسم عن مالك أن الألف تقسم بينهما . انظر : المدونة (٥/٢٥٦)، التقييد (٥/٣١٦).

(٤) أي في قول ابن القاسم والغير .

يقول : يتبع أيهما شاء في ملاء الغريم ، ثم رجع إلى هذا وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب[1] .

قال مالك : ولو كان الغريم غائباً مليئاً أو مدياناً حاضراً يخاف الطالب إن أقام عليه المحاصة ، فله اتباع الحميل ، إلا أن يكون للغائب مال حاضر يعدى فيه ، فلا يتبع الحميل .

قال غيره[2]: إلا أن يكون في تثبيت ذلك وفي النظر فيه بُعدٌ فيؤخذ[3] من الحميل .

وإذا مات الكفيل قبل الأجل فللطالب تعجيل الدين من تركته ، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل ، وله محاصة غرمائه أيضاً .

وإن مات الغريم تعجَّل الطالب دينه من ماله ، فإن لم يدع مالاً لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل .

---

(١) وهو المشهور في المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « ولا يطالب (الحميل) إن حضر الغريم موسراً » ، قال عليش : وهو المرجوع إليه المشهور ، وبه أخذ ابن القاسم وعليه العمل وبه القضاء . انظر : مختصر خليل (١٩٤)، منح الجليل (٦/٢١٧).

(٢) قال ابن رشد : قول الغير هنا تفسير لا خلاف ، وكذا حمله من أدركنا من الشيوخ ، وبه العمل .
قلت : وإليه أشار خليل بقوله : « ولا يطالب (الكفيل) إن حضر الغريم موسراً أو لم يبعد إثباته عليه » ، قال الحطاب : وهو الصواب ؛ لأن المراد أن نفي مطالبة الضامن مشروط بأحد شيئين : إما حضور الغريم موسراً أو حضور ماله إذا لم يبعد على الطالب إثباته للمطلوب والنظر فيه . انظر : مواهب الجليل (٥/١٠٤ - ١٠٥)، منح الجليل (٦/٢١١ - ٢١٨)، مختصر خليل (١٩٤) .

(٣) في ك : وإلا فيؤخذ .

وإن مات الغريم مليئاً والطالب وارثه برئ الحميل ؛ لأنه إن غرم للطالب شيئاً رجع عليه بمثله في تركة الميت ، والتركة في يده فصارت كمقاصة[1].

وإن مات الغريم معدماً ضمن الكفيل ، وأما في الحوالة فذلك على المحال عليه بأصل الدّين ، مات الغريم الموروث مليئاً أو معدماً .

[في الرجلين لهما دين بصك واحد ، والكفالة في ذلك]

ومن تكفل لرجلين بحق لهما ، فغاب أحدهما وأخذ الحاضر من الكفيل حصته من الدين ، فللغائب إذا قدم أن يدخل معه فيما قبض إن كان الدين بكتاب واحد .

[وكذلك][2] قال مالك في رجلين لهما دين [على رجل][3] بصك واحد ، فاقتضى أحدهما نصيبه دون صاحبه ، فإن صاحبه يشاركه فيما اقتضى ، إلا أن يكون المقتضي أعذر إلى صاحبه عند السلطان ، أو أشهد على ذلك دون السلطان ، فلم يخرج معه ، ولا وكل ، فحينئذ يكون له ما قبض خاصة ، وهذا في التفليس مذكور[4]، ولو رفع ذلك إلى الإمام وشريكه غائب والغريم مليء بحقيهما ، فقضى للحاضر بأخذ حقه لم يدخل الغائب عليه فيه وإن أعدم الغريم .

---

(١) في ك : فصارت مقاصة .

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقطت من ق .

(٤) أي في كتاب التفليس ، وهذا مأخوذ على البرادعي ، فإن هذه المسألة لم تذكر في كتاب التفليس ، وإن كانت تناسبه ، وإنما ذكرت في كتاب الصلح (٣/٣١٩)، وانظر : التقييد (٥/٣١٨) .

ولو قام الحاضر على الغريم فلم يجد عنده إلا قدر حقه ، قضى له الإمام بما ينوبه في المحاصة لو كان صاحبه معه ، فإن جهل الإمام فقضى له بجميع حقه ، كان للقادم أن يدخل معه فيه ؛ لأنه كالتفليس .

وقال غيره[1]: يدخل عليه القادم ، قُضي له بذلك كله أو بنصفه كالتفليس[2].

[في لزوم الكفالة وحكم الرجوع عنها]

ومن قال لرجل : ما ثبت[3] لك قِبَل فلان الذي تخاصمه فأنا لك [به][4] كفيل ، فاستحق قبله مالاً كان هذا الكفيل ضامناً له .

وكل من تبرع بكفالة لزمته ، فإن مات هذا الكفيل قبل ثبات الحق ، ثم ثبت الحق بعد موته ، لزم ذلك في مال الكفيل .

ومن قال لرجل : احلف أن الدين الذي تدعي قِبل أخي حق وأنا له ضامن ،

---

(١) لم أقف على تعيين الغير هنا ، وقد استشكل بعضهم قول ابن القاسم هنا بعدم دخول الغريم الغائب مع الغريم الحاضر فيما إذا قضى له بحقه من مليئ بحقيهما ، ولو أعدم بعد ذلك المدين . قالوا : لأن هذا في حال عدم المدين فيه حرمان للغريم الغائب ، وكان حق القاضي أن يوقف القسمة حتى يحضر ذلك الغريم . وقد نقل الزرويلي دفع هذا الإشكال عن اللخمي وابن أبي زيد بقولهم : إن خطأ الإمام على الغائب بقسمة المال قبل حضوره ليس بالذي يوجب له الدخول على الحاضر ، والمشهور في المذهب ما ذهب إليه ابن القاسم . انظر : التقييد (٣١٨/٥)، منح الجليل (١٧٣/٦ - ١٧٤).

(٢) في ك : كله أو ببعضه ؛ لأنه كالتفليس .

(٣) في ك : ما خرج .

(٤) سقطت من ق .

ثم رجع ، لم ينفعه رجوعه ، ولزمه ذلك إن حلف الطالب ، وإن مات كان ذلك في ماله .

وإن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما قُضي لفلان على فلان ، أو قال : أنا كفيل لفلان بماله على فلان ، وهما حاضران أو غائبان ، أو أحدهما غائب ، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان ؛ لأن ذلك معروف ، والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه .

ومن قال لرجل : بايع فلاناً أو داينه ، فما بايعته به من شيء أو داينته به ، فأنا له ضامن ، لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه[1] .

قال غيره[2] : إنما يلزمه من ذلك ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به . قال ابن القاسم : ولو لم يداينه حتى أتاه الحميل فقال له : لا تفعل فقد بدا لي في الحمالة ، فذلك له ، بخلاف قوله : احلف وأنا ضامن ، ثم يرجع قبل اليمين هذا ، لا ينفعه رجوعه ؛ لأنه حق وجب .

---

(١) في ك : إذا أثبت ما بايعه به .

(٢) قول الغير هنا تفسير وبيان لقول ابن القاسم وليس خلافاً ، كما قال ابن يونس وابن رشد والمازري ، وقال بعض شارحي المدونة : إنه خلاف ، أي : إن ابن القاسم لم يقيد لزوم الكفالة بأن تكون فيما يشبه ويعرف ، والغير قيدها بذلك . قال عليش : وقد أنكر ابن عرفة الثاني وقال : لا أذكر من حملها على الخلاف ، بل نص ابن رشد والصقلي على أنه وفاق . قال عليش : فعلم أن جعله تقييداً ، هو المذهب والمعروف منه بالراجح الأول ، أي أنه وفاق . قلت : وإلى التأويلين أشار خليل بقوله : « وهل يقيد بما يعامل به ؟ تأويلان » . انظر : مختصر خليل (١٩٤)، منح الجليل (٢٠٧/٦)، التقييد (٣١٩/٥) .

[في الكفيلين يضمن كل واحد صاحبه ويغيب أحدهما ، والثلاثة يتكفلون بمال فيعدم الغريم]

وإذا تكفل رجلان بمال ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ، فغاب أحدهما وغاب الغريم وغرم الحاضر الجميع ، ثم قدم الغائب والغريم وهما مليئان ، فللكفيل اتباع الغريم بالجميع ، وإن شاء أتبعه بالنصف ثم أتبع الكفيل الآخر بما أدى عنه ؛ لأنه كدين له قبله لا كغريم حضر مع كفيل .

وإذا تكفل ثلاثة رجال بمال على رجل ، فأعدم الغريم ، لم يكن للطالب على من لقي من الحملاء إلا ثلث الحق ، إلا أن يشترط في أصل الكفالة أن بعضهم حميل ببعض فحينئذ إن غاب أحدهم أو أعدم أخذ من وجد منهم مليئاً بجميع الحق ، فإن لقيهم أملياء لم يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق ، إذ لا يُتبع الكفيل في حضور المكفول به وملائه ، ولو شرط أيكم شئت أخذت بحقي ، ولم يقل : بعضكم كفيل لبعض ، فله أخذ أحدهم بجميع الحق ، وإن كانوا حضوراً أملياء ، ثم لا رجوع للغارم على صاحبيه[1] ، إذ لم يؤد بالحمالة عنهم ، ولكن على[2] الغريم .

قال : [ولو][3] قال : بعضكم كفيل ببعض ، وقال مع ذلك : أيكم شئت أخذت بحقي ، أو لم يقل فإنه إن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال رجع الغارم على صاحبيه إذا لقيهما بالثلثين ، وإن لقي أحدهما رجع عليه بالنصف .

---

(١) في هـ : أصحابه .

(٢) في ط : عن .

(٣) سقطت من ك .

[في الرجل يشترط على الحميلين أنّ حيّهما عن ميتهما وغنيَّهما عن مُعْدِمِهما]

قال ابن وهب : قال مالك : إن من أمر الناس الجائز عندهم أن يكتب الرجل حقه على الرجلين ، ويشترط أن حيكما عن ميتكما ومليكما عن معدمكما ، وذلك كحمالة أحدهما عن الآخر .

[فيمن له ستمائة على ستة رجال على أن بعضهم حميل عن بعض ، أو واحد حميل بجميع المال ، وكيف يترادون]

قال غيره[1]: وإذا كان لرجل ستمائة درهم على ستة رجال على أن بعضهم حميل عن بعض بجميع المال[2]، أو على أن كل واحد منهم حميل [بجميع المال ، قال عن أصحابه أو لم يقل ، أو قال : على أن كل واحد منهم حميل][3] عن واحد أواثنين أو ثلاثة منهم أو أكثر أو عن جميعهم ، إلا أنه قال : بجميع المال ، قال في ذلك : ولا براءة له إلا بأدائها ، أو لم يقل ، فإن قال مع ذلك : أيكم شئت أخذت بحقي ، فله أخذ أحدهم بالجميع ، كان الباقون حضوراً أملياء أم لا ، وإن لم يذكر أيكم شئت أخذت بحقي ، فإنه إن لقيهم مياسير أخذ كل واحد بمائة ، ولم يكن له أن يأخذ بعضهم ببعض ؛ لأن الحميل لا يؤخذ بالحق في حضور الغريم وملائه ، وإنما يؤخذ به إذا كان الغريم عديماً أو غائباً أو مُلِدّاً ظالماً ، فأما إن لقي أحدهم فليأخذه بستمائة [درهم][4]، ثم إن لقي الغارم للستمائة أحد أصحابه ، أخذه بمائة

---

(١) الغير هنا هو عبد الملك ابن الماجشون ، وتسمى مسألته هذه مسألة الستة الكفلاء ، وقد شرحها ابن رشد في المقدمات في أربع عشرة صفحة . انظر : المقدمات (٣٨٢ - ٣٩٦) .

(٢) في ك : الحق .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٤) سقطت من ك .

أداها عنه ، وبنصف الأربعمائة [التي][1] أدّى عن الباقين ؛ لأنه حميل معه بهم ، فذلك ثلاثمائة ، ثم إن لقي أحدهما أحد الأربعة [الباقين][2] ، أخذه بخمسين عن نفسه[3] ، وبخمسة وسبعين بالحمالة . وكذلك إذا لقي الرابع المأخوذ منه المال الثالث من الباقين فإنه يأخذه بما أدى عنه من أصل الدين ، وبنصف ما أدى عن أصحابه[4] ، فإن لقي الرابع المأخوذ منه المال الآخر من الأولين الذي لم يرجع على الرابع ، فقال له : بقي لي مما أديت بالحمالة مائتان عن أربعة أنت أحدهم فعليك خمسون في خاصتك ، فيأخذها منه ، ثم يقول له : بقيت لي خمسون ومائة أديتها عن أصحابك ، وأنت معي بهم حميل ، فيقول له : هذا الرابع قد أديت عنهم أنا بالحمالة خمسة وسبعين أيضاً لغيرك ساويتك في مثلها بقيت لك خمسة وسبعون لك [عليّ][5] نصفها ، فيدفع إليه سبعة وثلاثين ونصفاً ، وهكذا تراجعهم إن[6] لقي بعضهم بعضاً حتى يؤدي كل واحد منهم مائة ؛ لأن كل واحد منهم كان عليه من أصل الدين مائة .

وأما إن تحمل بعضهم عن بعض ، على أن كل اثنين حميلان أو ضامنان بجميع المال ، قالا في ذلك عن أصحابهم أو عن اثنين أو عن واحد ، أو على أن كل واحد حميل بنصف جميع المال فذلك كله سواء ، فإن لقي رب المال اثنين منهم أخذ كل

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ك : أداهما عن نفسه .

(٤) في هـ : صاحبيه .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في هـ و ز : أيما .

واحد بثلاثمائة ، وإن لم يلق إلا واحداً أخذه بثلاثمائة وخمسين ، مائة منها عليه من أصل الدين ومائتان وخمسون بالحمالة ؛ لأنه بنصف ما بقي تكفل ، ثم إن لقي هذا الغارم أحد الباقين ، أخذه بخمسين عن نفسه وبنصف المائتين التي أداها بالحمالة عن [أصحابه][1] ، [ثم][2] إن لقي هذا الغارم الثاني [أحداً][3] ممن لم يغرم ، قال له : أديت مائة بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم ، فهلُمَّ خمسة وعشرين عن نفسك ونصف ما بقي بالحمالة ، فهكذا تراجعهم حتى يستوون في الغرم ، وأما إن تحمل بعضهم عن بعض على أن كل ثلاثة حملاء [عن جميع المال ، أو على أن كل ثلاثة حملاء][4] عن ثلاثة أو اثنين ، أو عن واحد بجميع المال ، أو على أن كل واحد حميل بثلث المال فذلك سواء ، فإن لقي ثلاثة[5] أخذهم بالجميع ، وإن لقي واحداً أخذه بمائة عنه وبثلث ما بقي ، وذلك مائة وستة وستون وثلثان ، وإن لقي اثنين أخذهما بمائة عنهما ثم بثلثي ما بقي ، وذلك مائتان وستة وستون وثلثان .

وإذا لقي ثلاثة فأخذ منهم جميع المال ، ثم لقي[6] أحدهم أخذ الذين لم يغرموا ، فإنه يقول : أديت مائة بالحمالة عن ثلاثة أنت أحدهم ، فلهم ثلثها عن حصتك ونصف باقيها بالحمالة عن الباقين ، ثم إن لقي الآخذ لذلك أحد الثلاثة الغارمين معه رجع عليه بنصف ما فضله به ، حتى يكونا في الغرم سواء ، فإن اقتسما ذلك ثم لقيا

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ق و ك .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) في ك : فإن لقى الثلاثة .

(٦) في هـ : ثم إن لقي .

الباقي الذي غرم معهما أولاً ، دخل عليهما فيما بأيديهما من قبل الثالث المرجوع عليه حتى يصير ما أخذ من الثالث بينهم أثلاثاً ، ثم إن لقي أحدهم أحداً ممن لم يغرم شيئاً فأخذ منه ما يجب له ، فلا بد أن يشارك فيه من لقي من الاثنين الغارمين معه أوّلاً حتى يكون ما أخذ كل واحد منهم بالسوية ؛ لأنهم حملاء عن أصحابهم فهكذا تراجعهم .

[في الذي يأخذ كفيلاً بعد كفيل]

قال ابن القاسم : ومن أخذ من غريمه كفيلاً بعد كفيل ، فله في عُدم الغريم أن يأخذ بجميع حقه أيَّ الكفيلين شاء ، بخلاف كفيلين في صفقة لا يشترط حمالة بعضهما ببعض ، وليس أخذ الحميل الثاني إبراء[1] للحميل الأول ، ولكن كل واحد منهم حميل بالجميع .

ومن أخذ من الكفيل كفيلاً لزمه ما لزم الكفيل .

قال غيره[2]: وكذلك لو تحمل رجل بنفس رجل وتحمل آخر بنفس الحميل ، فذلك جائز .

وكذلك لو تحمل ثلاثة رجال بنفس رجل ، وكل واحد منهم حميل بصاحبه ، جاز .

ومن جاء به منهم برئ هو والباقيان ؛ لأنه كوكيلهما في إحضاره ، وإن لم يكن بعضهم حميلاً ببعض ، فإن جاء به أحدهم برئ [هو][3] وحده ، ولم يبرأ صاحباه .

---

(١) في ك : براءة .

(٢) قال الزرويلي : قول الغير هنا وفاق ـ يعني لقول ابن القاسم ـ . قلت : ولم أقف على تسمية الغير في كتب المذهب . انظر : التقييد (٢/٣٢٢) .

(٣) سقطت من هـ .

[القول في تأخير الطالب الحميل]

قال ابن القاسم : وإذا أخر الطالب الحميل بعد محلّ الحق فذلك تأخير للغريم ، إلا أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما كان ذلك مني تأخيراً للغريم ، فيكون له طلبه ؛ لأنه لو وضع الحمالة [عنه][1] كان له طلب الغريم إن قال : وضعت الحمالة دون الحق ، فإن نكل لزمه تأخيره ، ولو أخّر الغريم كان تأخيراً للكفيل ، ثم للكفيل أن لا يرضى بذلك خوفاً من إعدام الغريم ، فإن لم يرض خُيّر الطالب ، فإما أبرأ الحميل من حمالته ويصح التأخير ، وإلا لم يكن له ذلك إلا برضى الحميل .

وإن سكت الحميل وقد علم بذلك لزمته الحمالة ، وإن لم يعلم حتى حلّ أجل التأخير حلف الطالب ما أخّره ليُبرئ الحميل وتثبت الحمالة .

قال غيره[2]: إذا كان الغريم مليئاً فأخره تأخيراً بيناً سقطت الحمالة ، وإن أخره ولا شيء عنده فلا حجة للكفيل ، وله طلب الكفيل أو تركه .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) قول الغير هنا ذو شقين ، أما الشق الأول فهو قوله : « إذا كان الغريم مليئاً فأخره تأخيراً بيناً سقطت الحمالة ». وفي هذا الشق يخالف الغير ابن القاسم الذي لا يرى إسقاطها في هذه الحالة ـ كما تقدم له ـ . وأما الشق الثاني فهو قوله : « وإن أخره ولا شيء عنده فلا حجة للكفيل وله طلب الكفيل أو تركه » . وفي هذا الشق يوافق الغير ابن القاسم ولا يخالفه . والمشهور في الشق الأول الذي يخالف فيه الغير ابن القاسم قول ابن القاسم ؛ لأن للطالب حقين على رجلين فلا يكون إسقاطه لأحدهما إسقاطاً للآخر ، وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : « ولزمه تأخير ربه المعسر أو الموسر إن سكت أو لم يعلم إن حلف أنه لم يؤخره مسقطاً وإن أنكر حلف أنه لم يسقط ولزمه وتأخير غريمه بتأخيره » . انظر : التقييد (٥/٣٢٣)، مختصر خليل (١٩٤ ـ ١٩٥)، منح الجليل (٦/٢٢٧) .

[فيمن تكفل بشيء فدفع خلافه]

قال ابن القاسم : ومن تكفل بمائة دينار هاشمية ، فأداها دمشقية وهي دونها برضى الطالب رجع بمثل ما أدى . ولو دفع فيها عروضاً أو طعاماً فالغريم مخير في دفع[1] مثل الطعام ، أو قيمة العرض ، أو ما لزمه من أصل الدين ، ولو دفع ذهباً عن ورق لم يجز ذلك ، ورجع الكفيل بما أدى وكان للطالب أصل دينه ، والحميل به حميل ، وهو بخلاف المأمور يدفع خلاف ما أمر به من العين ، وذلك مذكور في كتاب المديان[2].

[وقد][3] قال ابن القاسم وغيره : إن المأمور والكفيل إذا دفعا ذهباً عن ورق أو طعاماً أو عرضاً ، أن الغريم والآمر مخير إن شاء دفع ما عليه أو ما دفع هذا عنه ؛ لأنه تعدى فيما دفع ، وهذا أصل ، التنازع فيه كثير .

[فيمن تكفل عن رجل بألف درهم ثم أخذ منه سلعة ، وفي المتكفل له يبرئ الكفيل ببعض الكفالة أو يصالحه]

قال ابن القاسم : ومن تكفل عن رجل بألف درهم ، فأخذ الكفيل من الغريم سلعة على أن يدفع عنه الألف ثم أغرمها الطالب للغريم ، فللغريم الرجوع بالألف على الكفيل ؛ لأنه باعه السلعة [بها][4].

ومن تكفل لك بمائة حالة ، فأبرأته من خمسين ، على أن دفع إليك خمسين ،

---

(١) في ك : في دفع ذلك .

(٢) وقد تقدم في الجزء الثالث ، انظر المسألة منه في (ص ٦٢٥) .

(٣) سقطت من ق .

(٤) سقطت من ك .

فلا يرجع [هو][1] إلا بما أدى ، ولك اتباع الغريم بخمسين ؛ لأن تلك البراءة براءة من الحمالة فقط ، وإن تكفل رجلان بألف فأخذ أحدهما من الآخر مائة على أن يدفع الألف عنه وعن نفسه ، فإن حل الأجل والطالب حاضر فقبضها[2] مكانه ، جاز ، وإن اغتزى[3] نفعاً بسلف لتأجيل الدين أو لغيبة الطالب أو لغير ذلك ، لم يجز .

قال غيره[4]: فإن أخذ المائة على أمر جائز ثم صالح الطالب على خمسين ، جاز ، ورد إلى صاحبه خمسة وسبعين ، ثم رجعا على الغريم بخمسين بينهما نصفين ، [وإن صالحه على خمسين ومائة ، جاز ، ورد إلى صاحبه خمسة وعشرين ، ورجعا على الغريم بخمسين ومائة بينهما][5].

وإن صالحه على مائتين جاز ، ورجعا على الغريم ، كل واحد منهما بمائة .

وإن صالحه على خمسمائة جاز ، ورجعا على الغريم بما أديا ، مُخرج المائة بمائة ، والآخر بالأربع مائة ، فإن ألفياه عديماً لم يكن للذي أدى أربع مائة أن يرجع على صاحبه بشيء ، ويتبعان جميعاً الغريم بما أديا عنه .

[فيمن تكفل لرجل بما أدركه من درك[6] أو خلاص السلعة]

ومن تكفل لرجل بما أدركه من درك في جارية ابتاعها من رجل أو دار أو غيرها ، جاز ذلك ، ولزمه الثمن حين الدرك في غيبة البائع وعدمه .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في هـ و ق : يقبض مكانه .

(٣) أي : طلب وقصد .

(٤) قال الزرويلي : قول الغير هنا تفسير ووفاق ، يعني لقول ابن القاسم . انظر : التقييد (٥/٣٢٤).

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٦) الدرك هو : الرجوع بالثمن عند الاستحقاق والعثور على العيب . انظر : التقييد (٥/٢٣٤).

ولو شرط خلاص[1] السلعة لم تجز الكفالة ولم تلزم . وقال غيره[2]: يلزمه ، وهو أدخل المشتري في غُرم ماله ، فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق ، أو الثمن الذي أدى ، إلا أن يكون الغريم مليئاً حاضراً ، فيبرأ .

قال ابن القاسم : ولو شرط المبتاع على البائع خلاص السلعة في الدرك وأخذ منه بذلك كفيلاً ، بطل البيع والكفالة ، كمن باع ما ليس له وشرط خلاصه ، ولولا أن الناس يكتبون[3] ذلك في وثائق الأشرية ، لا يريدون به الخلاص ، ولكن تشديداً في التوثيق لنقضت به البيع ، ولو عقد البيع على اشتراطه فسد البيع .

[ما لا تجوز فيه الكفالة]

وما ابتعت من شيء بعينه ، لم يجز أن تأخذ به كفيلاً ، كان حاضراً ، أو غائباً على صفة ، قربت الغيبة أو بعدت ، كما لا يجوز للبائع ضمان مثله إن هلك .

ولا تجوز الكفالة بكتابة المكاتب ، وأما من عجل عتق عبده على مال ، جازت الكفالة بذلك ، وكذلك من قال لرجل : عجل عتق مكاتبك وأنا بباقي كتابته كفيل ، جاز [له ، وله][4] الرجوع بذلك على المكاتب .

---

(١) أي خلاصها من الدرك ، وذلك بتحمله . انظر : المدونة (٥/٢٦٩).

(٢) لم أقف على تعيين الغير هنا ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم ، وهو عدم جواز الكفالة على هذا النحو وعدم لزومها ، وهو قول مالك ـ كما صرح بذلك ابن القاسم في المدونة . انظر : المدونة (٢/٢٦٩)، التقييد (٥/٣٢٥) .

(٣) في ك : قد كتبوا . وفي ق : كتبوا . والمثبت من هـ .

(٤) سقطت من ك .

[فيمن أخذ حميلاً أو رهناً قبل الأجل على أن يوفيه للأجل]

ومن له دين على رجل إلى أجل ، فأخذ به منه قبل الأجل حميلاً أو رهناً على أن يوفيه حقه إلى الأجل أو إلى دونه ، فذلك جائز .

وإن أخره به بعد الأجل برهنٍ أو حميل جاز ؛ لأنه ملك قبض دينه مكانه ، فتأخيره به[1] كابتداء سلف على حميل أو رهن ، وإن لم يحل الأجل فأخره به إلى أبعد من الأجل بحميل أو رهن ، لم يجز ؛ لأنه سلف بنفع .

قال غيره[2]: ولا يلزم الحميل شيء ولا يكون الرهن به رهناً ، وإن قبض في فلس الغريم أو موته .

[فيمن قال : إن لم أوفّك بغريمك غداً فأنا ضامن لما عليه]

ومن قال لرجل : إن لم أوفك بغريمك غداً فأنا ضامن لما عليه ، فمضى الغد وادعى الحميل أنه أوفاه به ، فالبينة عليه وإلا غرم ، إلا أن يوافيه به الآن قبل الحكم عليه فيبرأ من المال .

[في حكم أخذ الكفيل]

ومن كان بينه وبين رجل خلطة في معاملة ، فادعى عليه حقاً ، لم يجب له عليه كفيل[3] بوجهه حتى يثبت حقه .

---

(١) في ك : له .

(٢) لم أقف على تعيين الغير هنا في كتب المذهب ، وقوله ـ كما ترى ـ زيادة وتفصيل وليس خلافاً ، فابن القاسم رأى أن تأخير الأجل قبل حلوله بحمل أو رهن لا يجوز ، وغيره زاد على عدم الجواز أنه مع ذلك يفقد حكم الرهن وحكم الحمالة ولزومها .

(٣) في ك : كفيل بنفسه ليوقع .

وقال غيره[1] : إذا ثبّت الخلطة بينهما ، فله عليه [كفيل][2] بنفسه ، ليوقع البينة على عينه .

قال ابن القاسم : وإن سأله وكيلاً بالخصومة حتى يقيم البينة عند القاضي ، لم يلزم المطلوب ذلك ، إلا أن يشاء ؛ لأنا نسمع البينة في غيبة المطلوب ، وإن سأله كفيلاً بالحق حتى يقيم البينة ، لم يكن ذلك له إلا أن يقيم شاهداً ، فله أخذ كفيل وإلا فلا ، إلا أن يدعي بينة [قريبة][3] يحضرها من السوق أو من بعض القبائل فليوقف القاضي المطلوب عنده لمجيء البينة ، فإن جاء بها وإلا خلي سبيله .

ومن قُضي له برَبع أو غيره أنه وارثه فلا يؤخذ بذلك من المقضي له كفيل ، وهذا جور ممن فعله من القضاة .

وكذلك من استحق ديناً قِبَل غائب وله رباع أو عروض حاضرة ، فإن القاضي يبيعها ويوفي دينه ، ولا يؤخذ من المقضي له بذلك كفيل[4] .

[في الكفالة بطعام من قرض أو سلم ، والصلح فيه]

ومن تكفل لك بطعام من سلم أو قرض ، فلا يجوز لك أن تصالح الكفيل أو الغريم قبل الأجل على بعض الطعام ، وتترك باقيه ، وإن حلّ الأجل جاز ذلك منهما ، ويرجع الكفيل بما أدى .

---

(١) قال ابن يونس : الغير يعني إذا لم يكن المدعى عليه معروفاً مشهوراً ، وأما لو كان معروفاً مشهوراً فليس للطالب عليه كفيل بوجهه ، لأنا نسمع البينة عليه في غيبته ، وكذلك معنى قول ابن القاسم . قال الزرويلي : فيتفق قول الغير مع قول ابن القاسم . انظر : التقييد (٢/٣٢٧).

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك : كفيلاً .

ولا يجوز لك قبل الأجل أن تصالح الغريم أو الكفيل على حنطة ، مثل [كيل][1] حنطتك إلا أنها أجود منها[2] أو أدنى .

ولا يجوز لك صلح الكفيل بعد محل أجل السلم على مثل الكيل ، والجنس أجود صفة أو أدنى ، ولا[3] على أقل كيلاً وأجود صفة .

ويجوز أن تأخذ من الغريم بعد الأجل مثل الكيل ، أجود صفة أو أدنى ؛ لأن ذلك بدل ، وتبرأ ذمته .

وفي الكفيل يدخله بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأن المطلوب مخير ، عليه إن شاء أعطاه مثل ما أدى ، أو ما كان عليه ، وأما في القرض فجائز أن يأخذ من الكفيل بعد الأجل مثل المكيلة أجود صفة أو أدنى[4].

[في ثلاثة رجال يتحمل بعضهم ببعض على أن يأخذ الطالب أيهم شاء]

وإن اشترى ثلاثة رجال سلعة من رجل ، وتحمّل بعضهم ببعض في الثمن على أن يأخذ البائع أيهم شاء بحقه ، فمات أحدهم ، فادعى ورثته أن الميت دفع جميع الثمن إلى البائع ، وأقاموا شاهداً ، فإنهم يحلفون معه ويبرأ وليهم ويرجعون على الشريكين بما ينوبهما ، فإن نكل الورثة لم يحلف الشريكان ؛ لأنهما يغرمان ، إلا أن يقولا : نحن أمرناه ووكلناه بالدفع عنه وعنا ودفعنا ذلك إليه ، وإنما هو حق علينا ، والشاهد لنا فيحلفان ويبرآن .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ك : لا أقل ولا أجود . وفي ق : ولا أنها أجود منها . والمثبت من هـ .

(٣) في ك : ولا يجوز .

(٤) في هـ : أو أردأ .

[في الكفالة في الحدود]

ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا في الأدب والتعزير ولا تلزم .

قال بكير[1]: ولا في دم أو زناً أو سرقة أو شرب خمر . ولا في شيء من الحدود[2].

[في كفالة الأخرس والمريض وإقراره]

وما فهم عن الأخرس أنه فهمه من كفالة أو غيرها ، لزمه .

ومن تكفل في مرضه فذلك في ثلثه ، وإن تداين بعد ذلك في مرضه كان دينه من رأس ماله مبدأً ، فإن اغترق الدين ماله سقطت الكفالة ، ولا يحاص بها الغرماء ؛ لأنها من الثلث ، وما كان من رأس المال أولى ، كمن أوصى لرجل بثلث ماله ثم اغترق الدين جميع ماله ، فالوصية تبطل .

ومن تكفل في مرضه لوارث أو غير وارث ثم صح لزمه ذلك ، كما لو بتل[3] صدقة في مرضه لوارث أو غير وارث ثم صح ، لزمته الصدقة إذا لم تكن على وجه وصية .

ومن أقر في مرضه أنه تكفل في مرضه هذا ، فإن كان [ذلك][4] لوارث لم يجز ، وإن كان لأجنبي أو لصديق ملاطف جاز إقراره في ثلثه ، إلا أن يكون عليه دين يغترق ماله ، فلا يجوز .

---

(١) هو بكير بن عبد الله بن الأشج القرشي المدني ، تقدمت ترجمته .

(٢) في ك : من الحدود كفالة .

(٣) بتل : أي قطع وخصص له ذلك . انظر : المصباح (٣٥) .

(٤) سقطت من ك .

وكذلك لو أقر للصديق الملاطف بدين في مرضه ، فإنما يرد إقراره إذا كان عليه دين يغترق ماله ، فإن لم يكن عليه دين [يغترق][1]، جاز إقراره إن ورثه ولده ، وتجوز الوصية له في الثلث ورث بولد[2] أو كلالة[3]، وما أقرّ المريض أنه فعله في مرضه ذلك من عتق [أو غيره ، فهي وصية ، وما أقر به الصحيح أنه فعله فللذين أقر لهم أخذ ذلك ما لم يمرض المقر أو يمت ، فإن مرض أو مات فلا شيء لهم ، وإن قامت لهم بذلك بينة إلا العتق والكفالة ، فإنه إذا قامت بعد موته بينة أنه أقرّ في صحته بعتق عبد أو كفالة أو حبس أو صدقة أو غيرها لوارث أو غير وارث ، كان ذلك في رأس ماله ؛ لأنه دين قد ثبت في ماله في صحته][4]. وما أقر به المريض أنه فعله في صحته من عتق أو كفالة أو حبس أو صدقة أو غيرها لوارث ، فإقراره باطل ، ولا يجوز ذلك في ثلث ولا غيره ، ويكون ميراثاً ، وإن أوصى بذلك مع وصايا ، كانت الوصايا في ثلث ما بقي بعد ذلك ، فإن قصر الثلث عن وصيته لم تدخل الوصايا في شيء مما أقرّ به .

[في الكفالة بالخدمة والعوض عنها والكفالة بالخياطة والحمولة]

ومن أجرته لخدمتك شهراً ، لم يجز أن تأخذ منه حميلاً بالخدمة ، وإن مات عبد في إجارتك فأعطاك سيده عبداً يعمل كعمله ، لم يجز ، وهو دين في دين .

والحمالة أيضاً في هذا لا تجوز ؛ لأن الغلام إن مات لم يلزم الحميل أن يأتي بغيره يخدم .

---

(١) سقطت من هـ و ق .

(٢) في ك : ورثه ولده .

(٣) الكلالة : هو الذي لا ولد له ولا والد . انظر : المفردات للراغب (٧١٩ ـ ٧٢٠).

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

ومن أجرته يخيط ثوبك بنفسه جاز [ذلك][1] .

ولا تجوز الحمالة بذلك العمل في حياة الصانع أو مماته ، ولا كفيل به حتى يعمله ، ولا بأس بأخذ حميل بالحمولة المضمونة .

ولا تجوز في دابة بعينها ، إلا أن يتكفل برد بقية الكراء عند موتها ، فيجوز .

وكذلك أجير الخياطة والخدمة ، وإن فرّ الكريُّ في المضمون فأكري الكفيل للطالب بضعف الكراء ، وجب للكفيل الرجوع بذلك على الكري ، ولا ينظر إلى الكراء الأول ، وهذا مذكور في كراء الرواحل[2] .

[في فعل الرقيق ومن فيه بقية رق وما يجوز له وما لا يجوز له من كفالة وغيرها]

ولا يجوز لعبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد ، عتق ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد .

فإن فعلوا ذلك بغير إذنه لم يجز إن رده السيد ، فإن رده لم يلزم وإن عتقوا ، وإن لم يرده حتى عتقوا لزمهم ذلك ، علم به السيد قبل عتقهم أو لم يعلم .

وقال غيره[3]: لا يجوز ذلك للمكاتب وإن أذن له سيده ؛ لأنه داعية إلى رقه .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) تقدم كتاب كراء الدواب والرواحل في الجزء الثالث .

(٣) لم أقف على تعيين الغير هنا في كتب المذهب ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم أن ذلك يجوز ، وإليه أشار خليل بقوله : « وصح من أهل التبرع كمكاتب ومأذون أذن سيدهما » . مختصر خليل (١٩٣)، وانظر : منح الجليل (٦/٢٠٠).

ولا تجوز كفالة المأذون إلا بإذن سيده ، وإن كان عليه دين يغترق ماله ، لم تجز كفالته وإن أذن له السيد ، كما لا تجوز كفالة الحر ومعروفه إذا اغترق الدين ماله .

وتجوز حمالة العبيد ووكالتهم في الخصومة وغيرها بإذن السيد ؛ لأن من وكل عبده لقضاء دينه فقام للعبد شاهد أنه قد قضى ، حلف العبد وبرئ [السيد][1] ، كالحر سواء ، ولا يحلف السيد .

وإن تحمل عبد بدين على سيده بإذن السيد ، [ثم فلس السيد أو مات ، فإن أتبع الطالبُ بدينه ذمةَ السيد بيع العبد في ذلك ، وإن رضي باتباع العبد دون السيد كان ذلك في ذمة العبد][2].

قال غيره[3]: ليس له أن يتبع ذمة العبد إلا بما عجز عنه مال السيد .

قال ابن القاسم : وإن تحمل بالدين عن أجنبي بأمر سيده كان ذلك في ذمته لا في رقبته .

[في كفالة من فيه بقية رق لسيده ومن باع من عبده أو تكفل عنه]

وتجوز كفالة العبد أو من فيه بقية رق لسيده ، ولا يجبره السيد على ذلك ، ولايلزمه إن أجبره .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ورد في هـ على النحو الآتي : بيع فيه في موت السيد وفلسه إن أتبع الطالب ذمة السيد ، وإن شاء أتبع به العبد فكان له ذلك في ذمته .

(٣) لم أقف على تعيين الغير هنا ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم أن للطالب أن يتبع ذمة العبد إن أراد ذلك ، ولو لم يعجز السيد . انظر : التقييد (٣٣٢/٥)، منح الجليل (٢٠١/٦).

قال ابن القاسم : وإن أبى العبد أن يتكفل وقال : أخاف إن عتقت لزمتني هذه الكفالة ، فأشهد السيد أنه ألزمه الكفالة عنه ، لم تلزم العبد إلا برضاه .

وقال مالك في الرجل يعتق عبده وعليه مائة دينار : إن ذلك لازم للعبد وإن كره العبد ذلك .

ومن باع من عبده سلعة بدين إلى أجل ، أو تكفل عنه بدين ، فأداه عنه ثم باعه أو أعتقه فإن ذلك باق في ذمته ، إلا أن ذلك عيب في البيع إن لم يبينه ، فالمبتاع مخير في الرضى بذلك أو رد البيع .

ومن له على عبده دين فأخذ به منه كفيلاً ، لزم ذلك الكفيل ؛ لأن السيد يحاص به غرماء عبده .

[في الكفالة إلى غير أجل أو إلى العطاء]

ومن قال لرجل : إن لم يوفك فلان حقك فهو علي ، ولم يضرب لذلك أجلاً ، تلوم له السلطان بقدر ما يرى ، ثم ألزمه المال ، إلا أن يكون الغريم حاضراً مليئاً ، فإن قال له : إن لم يوفك حقك حتى يموت فهو عليّ ، فلا شيء على الكفيل حتى يموت الغريم .

ولا بأس أن يتكفل بمال إلى خروج العطاء ، وإن كان العطاء مجهولاً ، إن كان في قرض أو تأخير في ثمن بيع صحت عقدته ، وإن كان في أصل بيع ، لم يجز .

[في أخذ الغريم بالمال]

وليس للكفيل أخذ الغريم بالمال قبل أن يؤخذ منه ، إلا أن يتطوع [الغريم][1] ؛ لأنه لو أخذه منه ثم أعدم الحميل أو فلس ، كان للذي له الحق أن يتبع الغريم .

وإذا دفع الغريم الحق إلى الكفيل فضاع فإن كان على الاقتضاء فهو من الكفيل ، عيناً كان أو عرضاً[2].

[في كفالة البكر العانس[3] وغير العانس وحكم أفعالها]

وإذا عنست الجارية البكر في بيت أبيها ، أو أنس منها الرشد ، جاز عتقها وهبتها

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) مفهومه أنه إذا كان علىغير سبيل الاقتضاء ، وإنما على سبيل الرسالة منه إلى الطالب ، فإنه يكون حينئذ من الغريم حتى يصل إلى صاحبه ؛ لأن الكفيل مؤتمن والقول قوله في ضياعه بلا بينة فإن اتُهم حلف . وقد تقدم بيان هذه المسألة في كتاب السلم الثاني ، وإليها أشار خليل بقوله : « وضمنه إن اقتضاه لا أرسل به » ، قال الدردير في شرحه للمختصر : أي ضمن الحميل المال عيناً أو عرضاً أو حيواناً إذا تلف أو ضاع منه ، ولو بغير تفريط منه ، أو قامت على هلاكه بينة ؛ لأنه متعد لقبضه له بغير إذن ربه إن اقتضاه ـ أي قبضه على وجه القضاء ـ بأن طلبه من الأصيل فدفعه إليه أو دفعه إليه من غير طلب وقال : أنا بريء منه . . . لا إن أرسله المدين لرب الدين فضاع من الكفيل من غير تفريط فلا يضمنه ؛ لأنه أمين حينئذ ويضمنه الغريم ، وعلامة الإرسال أن يدفعه للحميل ابتداءً بلا طلب منه ولم يقل المدين : صرت بريئاً منه ... . انظر : مختصر خليل (١٩٤)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/٣٣٩)، منح الجليل (٦/٢٢٢).

(٣) المعنس أو العانس : البكر إذا كبرت ولم تتزوج . انظر : التقييد (٥/٣٣٢).

وكفالتها ، وإن كره الوالد . قيل : أهذا قول مالك ؟ قال : هذا رأيي ، وقوله : إن ذلك ليس بجائز ، هو الذي يعرف[1].

قال ابن القاسم : وقد سئل مالك ـ رحمه الله ـ عن الجارية المعنسة تعتق أجائز ؟ قال : إن أجازه الوالد [جاز][2].

وسئل ابن القاسم في باب آخر عن البكر التي عنست في بيت أهلها ، أتجوز

(١) اختلفت الروايات عن مالك وأصحابه في تصرفات البكر العانس ذات الأب على ثلاثة أقوال ـ سيذكرها هنا ـ تتفرع عنها أقوال أخرى :

القول الأول : أنها مردودة أفعالها ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها ، ويعرف من حالها الرشد بشهادة العدول ، فإن اختل شرط من هذه الشروط فأفعالها مردودة ، وهذا قول مالك في الموطأ والمدونة من رواية مطرف عنه .

القول الثاني : أن أفعالها صحيحة ماضية إذا أنس منها الرشد مادامت قد بلغت سن العنس ، واختلف في سن العنس ، فقيل : أربعون ، وقيل : خمسون إلى ستين ، وهذا قول ابن القاسم ـ هنا ـ وسيأتي أنه رواية عن مالك فيما وجده ابن القاسم في كتاب عبد الرحيم تلميذ مالك وشيخ ابن القاسم .

القول الثالث : أن تصرفاتها إن أجازها الأب جازت ، وإلا لم تجز ، وهي رواية لابن القاسم عن مالك ، وقد شهر ابن الحاجب رواية عبد الرحيم عن مالك ، التي قال بها ابن القاسم أن البكر العانس إذا أنس منها الرشد مضت أفعالها ولم ترد ، ونص ابن الحاجب : « وفي الأنثى أن تتزوج ويدخل بها الزوج على المشهور ثم تبتلى بعد سنة . . . وأما المعنسة فالرشد لا غير » ، قال ابن عبد السلام : يعني أن الذي تقدم له إنما هو في البكر التي لم تعنس ، أما هي فلا يحتاج معها إلى تزوج ؛ لأنه قد حصل لها من علو السن ما يقوم مقام التزوج وزيادة فيكفيها رشدها وحده . انظر : المقدمات (٣٥٢/٢)، جامع الأمهات (٣٨٥)، منح الجليل (١٠٢/٦).

(٢) سقطت من هـ . وهذا هو قول مالك الثالث .

كفالتها ؟ قال : قال مالك في هبتها وصدقتها : لا تجوز ، فكذلك كفالتها في هذا لا تجوز ؛ لأن بضعها بيد أبيها[1].

وكان مالك مرة يقول ـ فيما وجدت في كتاب عبد الرحيم ـ : إنها إذا عنست جاز أمرها[2] .

قال ابن القاسم : وأما البكر التي في بيت أهلها وقد حاضت إلا أنها لم تعنس ، فلا تجوز كفالتها ، ولا بيعها ، ولا صدقتها ، ولا هبتها ، ولا عتقها ، ولا شيء من معروفها[3] ، وإن أجازه الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه ، وهي في هذا كالصبي والمولى عليه .

وإن أعطت لأبويها شيئاً من مالها ، لم يجز ذلك لها ، كما لو أعطت ذلك لأجنبي[4] .

ولا يجوز لها بعد البناء في مالها بيع ولا شراء ولا شيء من المعروف ، أجاز ذلك زوجها أو لم يجزه ، حتى يتبين رشدها ، وإذا عُرف بعد البناء رشدها وصلاح حالها ، جاز بيعها وشراؤها في مالها كله ، وإن كره الزوج إذا لم تحاب . فإن حابت أو تكفلت أو أعتقت أو وهبت أو تصدقت أو صنعت شيئاً من المعروف ، فإن حمل ذلك ثلثها وهي لا يؤلى عليها جاز ، وإن كره الزوج .

---

(١) هذا قول مالك الأول .

(٢) هذا قول مالك الثاني الذي اختار ابن القاسم ، وقال ابن الحاجب : إنه المشهور ، كما تقدم قبل قليل .

(٣) في ك : من أفعالها .

(٤) في هـ : كما أعطت ذلك أجنبياً .

وإن جاوز الثلث فللزوج رد الجميع أو إجازته ، إلا أن يزيد على الثلث كالدينار وما خفّ ، فهذا يعلم أنها لم ترد ضرراً ، فيمضي الثلث مع ما زادت .

[فيمن أوصى بعتق جارية]

قال مالك فيمن أوصى بجارية له أن تُعتَق إن حملها الثلث [وإلا فلا][1] ، فزاد ثمنها على الثلث ديناراً أو دينارين ، قال : لا تحرم العتق بمثل هذا .

قال ابن القاسم : وتغرم الجارية ما زاد على الثلث إذا كان يسيراً ، فإن لم يكن معها أتبعها به الولد ديناً .

[في ذات الزوج تحلف بعتق رقيقها ، وما يجوز من فعلها ، وفي فعل الأيم في مالها]

ولو حلفت ذات زوج بعتق رقيقها فحنثت ، والثلث يحملهم ، عتقوا ، فإن كانوا أكثر من ثلثها فللزوج رد ذلك ، ولا يعتق منه شيء ، فإن مات زوجها أو طلقها رأيت أن تعتقهم بغير قضاء ، وهي في عطيتها لأبويها [وولدها][2] كعطيتها الأجنبي .

وقال المغيرة[3] في ذات الزوج تزيد على ثلثها : إنه يجوز منه الثلث كالوصايا .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقطت من ك .

(٣) هو المغيرة بن عبد الرحمن ، تقدمت ترجمته . وقد قاس - كما ترى - زيادة ذات الزوج على الثلث على الزيادة في الوصية على الثلث بجامع منع حق الغير في كل منهما ، أما في الوصايا فالحق الممنوع للورثة ، وأما في زيادة ذات الزوج فالحق الممنوع للزوج ، فكما أن الوصية بأكثر من الثلث إنما ترد فيما زاد على الثلث ، وتمضي في الثلث ، فكذلك ينبغي أن يرد فعل ذات الزوج في الزائد على الثلث ويبقى في الثلث ، وقد أجاب الغير عن قياس المغيرة الوصية على =

وقال غيره : ليس كالوصايا ، إذ قد تجوز وصية من لم يبلغ الحلم ، ولا يجوز صنيعه في صحته في ثلث ماله ولا غيره .

قال ابن القاسم : وإذا أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من الثلث جاز ، تكفلت عنه أو عن غيره ، وإن تكفلت عنه بما يغترق جميع مالها فلم يرض ، لم يجز من ذلك ثلث ولا غيره .

وتجوز عطيتها لزوجها جميع مالها إذا لم تكن سفيهة .

وإن تكفلت بزوجها ثم ادعت أنه أكرهها ، لم تصدق إلا ببينة ، ويلزمها ذلك وإن أحاط بمالها إذا كانت مريضة .

وإذا كانت المرأة أيّماً لا زوج لها فلها أن تتكفل بمالها كله وتعطيه إذا لم يولّ[1] عليها .

* * *

= الأفعال الأخرى بأنه قياس مع الفارق ، إذ قد يجوز في الوصية ما لا يجوز في غيرها ، فوصية من لم يبلغ الحُلُم مثلاً جائزة بينما أفعاله الأخرى ليست جائزة ، وأيضاً فإن الوصي إنما يقصد البر لنفسه ، والمرأة هنا إنما تقصد الضرر بما زاد على الثلث ، وتعليل الغير هنا يؤيد مذهب ابن القاسم ، وهو المشهور . انظر : التقييد (٥/٣٣٥) .

(١) في ك : إذا لم يكن يولي .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الحوالة[1] ﴾

[فيما يلزم من الحوالة وما لا يلزم]

وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين ، فرضيت باتباعه ، برئت ذمة غريمك ، ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه ، ولو غرك من عدم يعلمه بغريمه أو تفليس فلك طلب المحيل ، وإن لم يغرك كانت الحوالة لازمة لك ، وإن لم تقبض ما أحالك به حتى أفلس المحيل أو مات ، فلا دخول لغرمائه معك في ذلك الدين ؛ لأنه كبيع نفذ[2] .

وإن أحالك على من ليس له قِبلَه دين ، فليست حوالة ، وهي حمالة سبيلها سبيل ما وصفنا في الحمالة .

قال ابن القاسم : ولو علمت حين أحالك عليه أنه لا شيء للمحيل عليه ، وشرط عليك المحيل براءته من دينك فرضيت لزمك ، ولا رجوع لك على المحيل إذا كنت قد علمت ، وإن كنت لم تعلم فلك الرجوع .

---

(١) الحوالة في اللغة مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء ؛ لأن الطالب تحول من طلب غريمه إلى طلب غريم غريمه ، أما الحوالة في الاصطلاح فقد عرّفها ابن عرفة بأنها : « طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى » ، ولا ترد المقاصة ، إذ ليست طرحاً بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له . انظر : التقييد (٥/٣٣٥)، شرح حدود ابن عرفة (٤٤١)، منح الجليل (٦/١٧٨).

(٢) في ك : قد نفد .

وروى ابن وهب[1] عن مالك فيمن قال لرجل : حرِّق صحيفتك [التي لـك][2] على فلان واتبعني بما فيها ، من غير حوالة بدين كان لـه عليـه ، فأتبعـه[3] حتى فلس الضامن أو مات ولا وفاء له ، أن للطالب الرجوع على الأول ، وإنما يثبت من الحوالـة ما أحيل به على أصل دين .

[فيمن اكترى داراً وأحال بثمنها]

قال ابن القاسم : ومن اكترى من رجل داراً سنة بعشرة دنانير على أن يحيله بها على رجل ليس لـه عليه دين ، جاز ، وكانت حمالة جائزة ، وليس للمكري طلب الحميل إلا في فلس المكتري أو موته عديماً ، وإن أحاله بالدنانير قبل السكنى على رجل لـه عليه دين ، جاز ذلك إن كان الكراء عندهم بالنقد أو شرطوه ، وإن لم يشرط ولا كان سنتهم النقد ، لم يجز ؛ لأنه فسخ دين لم يحل في دين حل أو لم يحل .

---

(١) اختلفوا في رواية ابن وهب هنا ، هل هي موافقة لرواية ابن القاسم المتقدمة أم مخالفة لها ، فرأى بعضهم أنها موافقة لها ، وما يظهر من اختلاف بينهما إنما هو لاختلاف الحال ، فابن القاسم يروي أن المحال ليس له رجوع على المحيل فيما إذا اشترط البراءة ، كما في قوله : « واشترط عليك المحيل براءته من دينك » ، وفي حال عدم موت المحال عليه أو فلسه ، وابن وهب يروي أن للمحال الرجوع إلى المحيل فيما إذا لم يشترط البراءة ، أو في حال فلس المحال عليه أو موته .

وإلى الاختلاف في تأويل رواية ابن وهب هنا ، وهل هي موافقة لرواية ابن القاسم على النحو الذي ذكرنا أم لا ، أشار خليل في مختصره بقوله : « فإن أعلمه بتقديمه ؟ وشرط البراءة صحّ ، وهل إلا أن يفلس أو يموت ؟ تأويلان » . انظر : منح الجليل (٦/١٨٢ - ١٨٣)، التقييد (٥/٣٣٧)، مختصر خليل (١٩٣) .

(٢) سقطت من ك و ق .

(٣) في ك : ففعل .

ولا بأس بأن تكتري من رجل عبده أو داره ، بدين لك حال أو مؤجل على رجل آخر مقر حاضر ، وتحيله عليه إن شرعت في السكنى أو الخدمة .

[فيمن باع عبداً و أحال بقيمته ثم استحق العبد]

وإن بعت من رجل عبداً بمائة دينار ، ولرجل عليك مائة دينار ، فأحلته بها على المبتاع فرضي ، ثم استحق العبد ، فعلى مبتاعه أداء ثمنه لغريمك ؛ لأنه شيء لزم ذمته ، ثم يرجع هو بالثمن عليك .

[في الحوالة بكتابة المكاتب]

وإن أحالك مكاتبك بالكتابة على مكاتب له ، وله عليه مقدار ما على الأعلى ، فلا يجوز ذلك إلا على أن تَبُتَّ أنت عتق الأعلى فيجوز ، ثم إن عجز الأسفل كان لك رقاً ، ولا ترجع على المكاتب الأعلى بشيء ؛ لأن الحوالة كالبيع ، وقد تمت حرمته .

ولا تجوز حمالة[1] بكتابة ، فأما الحوالة فإن أحالك على من لا دين له قِبَلَه ، لم يجز ؛ لأنها حمالة ، وإن كان [على من][2] له عليه دين حل أو لم يحل ، جازت الحوالة إن كانت الكتابة قد حلت ، ويعتق مكانه . وكذلك إن حلّ عليه نجم فلا بأس أن يحيلك به على من له عليه دين حل أو لم يحل ، ويبرأ المكاتب من ذلك النجم ، وإن كان آخر نجومه كان حراً مكانه ، وإن لم يحل النجم لم يجز أن يحيلك به على من له عليه دين حال ؛ لأن هذا ذمة بذمة ، ورباً بين السيد ومكاتبه ، وكذلك

---

(١) في ك : كفالة .

(٢) سقطت من ك .

إن لم تحل الكتابة لم تجز الحوالة بها وإن حل الدين ؛ لأنه فسخ دين لم يحل في دين حل أو لم يحل .

وقال غيره[1]: تجوز الحوالة ويعتق مكانه ؛ لأن ما على المكاتب ليس بدين ثابت وكأنه قد عجل عتقه على دراهم نقداً ، أو مؤجلة ، والكتابة دنانير لم تحل ، وكمن قال لعبده : إن جئتني بألف درهم فأنت حر ، ثم قال : إن جئت بخمس مائة درهم أو بعشرة دنانير فأنت حر ، فإن جاء بها كان حراً ، ولم يكن بيع فضة بذهب ، ولا فسخاً لدين في أقل منه ، وكأن لم يكن قبله إلا ما أدى .

قال ابن القاسم : ذلك لا ينبغي[2]؛ لأن مالكاً كره للسيد بيع الكتابة من أجنبي بعرض أو غيره إلى أجل ، ووسع في هذا بين السيد ومكاتبه[3]، فلما كره ذلك مالك بين السيد والأجنبي من قِبل أنه دين بدين ، كرهنا الحوالة أيضاً ، إذا لم تحل الكتابة ؛ لأنه دين بدين .

قال مالك : وسمعت بعض أهل العلم يقولون : الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين .

* * *

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا في كتب المذهب ، والمشهور قول ابن القاسم أنه يشترط حلول المحال به ، سواء كان كتابة أو غيرها ، وإلى ذلك أشار خليل بقوله : « وحلول المحال به وإن كتابة ». انظر : منح الجليل (١٨٨/٦)، مختصر خليل (١٩٣) .

(٢) « لا ينبغي » ـ هنا ـ على التحريم كما قدمنا أنه المشهور ، وكما يدل عليه التعليل الذي سيأتي أنه من قبيل بيع الدين بالدين ، وهو لا يجوز . وكذلك تعبيره بالكراهة في الموضعين عن مالك وابن القاسم ، فإن ذلك على التحريم ـ كما يدل عليه السياق والتعليل ـ .

(٣) في ك : وبين مكاتبه .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الرهون[1] ﴾

[في رهن الجزء المشاع ، وصفة قبضه]

ولا بأس برهن [جزء][2] مشاع غير مقسوم من رَبْعٍ أو حيوان أو عَرَضٍ ، وقبضه أن يحوزه المرتهن دون صاحبه ، والحوز في ارتهان نصف ما يملك الراهن جميعه من عبد أو دابة أو ثوب قبض[3] جميعه ، فإن كان النصف الآخر من هذه الأشياء لغير الراهن ، فإن المرتهن يقبض حصة الراهن ، فيحل محله ، ولا بأس أن يضعاه على يدي الشريك .

وكذلك الدار المشتركة إن حل المرتهن محل الراهن ، وحاز نصيبه وكان يكريه ويليه مع من له فيه شرك ، فتلك حيازة .

---

(١) الرهن في اللغة : اللزوم والحبس ، وكل ملزوم فهو رهن ، يقال : هذا رهن لك أي محبوس لك ، قال تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ أي محبوسة ، والراهن دافع الرهن ، والمرتهن بكسر الهاء : قابضه ، وبفتحها : الشيء المرهون ، وقد يطلق على آخذه لوضع الرهن عنده ، وعلى الراهن ؛ لأنه مطلوب ومأخوذ منه الرهن .

أما الرهن في عرف الفقهاء فقد عرفه ابن عرفة بأنه : « مالٌ قبضُهُ توثُّقٌ به في دين » ، وعرفه ابن الحاجب بأنه : إعطاء امرئ وثيقة بحق . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٤٢٣)، جامع الأمهات (٣٧٦)، منح الجليل (٥/٤١٧ ـ ٤١٨).

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ك : فقبض .

وإن كان مما ينقسم من طعام ونحوه ، فرهن حصته منه ، جاز ذلك إذا حازه المرتهن ، فإن شاء الشريك البيع قاسمه ذلك الراهن ، وهو في يد المرتهن ، فإن غاب الراهن أقام الإمام من يقسم له ، ثم تبقى حصة الراهن بيد المرتهن رهناً ويطبع على ما[1] لا يعرف بعينه[2] .

ومن رهن حصته من دار ثم اكترى حصة شريكه وسكن ، بطل حوز الرهن إن لم يقم المرتهن من يقبض حصة الراهن من الدار ويقاسمه ؛ لأنه لما سكن نصف الدار وهي غير مقسومة ، صار المرتهن غير حائز لما ارتهن ، ولا أمنع الشريك أن يكري نصيبه من الراهن ، ولكن تقسم الدار فيحوز المرتهن رهنه ، ويكري الشريك نصيبه ممن شاء .

[في استحقاق الرهن وضمانه]

ومن ارتهن نصف ثوب فقبض جميعه فهلك عنده ، لم يضمن إلا نصفه ، كالمعطي لغريمه ديناراً ليستوفي منه نصف دينار[3] له عليه ويرد ما بقي ، فزعم أنه ضاع ، فضمان النصف من المقتضي وهو مؤتمن في النصف الآخر ، ولا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف .

ومن ارتهن دابة أو داراً أو ثياباً واستحق نصف ذلك من يد المرتهن ، فباقيه رهن بجميع الحق ، فإن شاء المستحق البيع ، قيل للراهن وللمرتهن : بيعا معه ، وقيل

---

(١) في ك : على من .

(٢) لكي لا يختلط مع مثله فينتفع به فيكون سلفاً جرّ نفعاً ، ولأن رهن ما لا يعرف بعينه يتحول إلى قرض ما لم يطبع عليه فتعرف عينه .

(٣) في ق : ليستوفي منه نصفه .

للمرتهن : لا تسلم رهنك ولكن يباع وهو بيدك ، وتصير حصة الراهن من الثمن رهناً بيد المرتهن بجميع حقه أو بيد من كان الرهن على يديه .

ولو ترك المستحق حصته بيد المرتهن وهو ثوب ، ثم ضاع ، لم يضمن المرتهن إلا نصف قيمته للراهن ، فإن كان الراهن والمرتهن قد وضعاه على يدي المستحق أو غيره ثم ضاع ، لم يضمنه المرتهن وبقي دينه بحاله .

وما وضع من رهن يغاب[1] عليه أم لا ، على يدي عدل فضمانه من الراهن .

وما قبضه المرتهن من رهن لا يغاب عليه من ربع أو حيوان أو رقيق ، فالمرتهن مُصدّق فيه ولا يضمن ما زعم أنه هلك أو عطب أو أبق أو دخله عيب .

وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إذا قبضه ، إلا أن يقيم بيّنة على هلاكه من غير سببه بأمر من الله ، أو بتعدي أجنبي ، فذلك من الراهن ، وله طلب المتعدي ، فإذا غرم المتعدي القيمة ، فأحب ما فيه إليّ - إن أتى الراهن برهن ثقة مكان ذلك - أَخْذُ القيمة ، وإلا جعلت هذه القيمة رهناً .

[في بيع الرهن]

وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه ، فإن أجازه المرتهن جاز البيع وعُجّل للمرتهن حقه ، شاء الراهن أو أبى .

وإن باعه بإذن المرتهن فقال المرتهن : لم آذن له في البيع إلا لإحياء الرهن لا ليأخذ

---

(١) ما يغاب عليه : ما يمكن إخفاؤه عادة وتغييبه كالثياب والحلي ، وما لا يغاب عليه : ما لا يمكن إخفاؤه كالحيوان ونحوه . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٥٤/٣)، شرح زروق للرسالة (٢٠٧/٢)، مواهب الجليل (٢٦/٥) .

الراهن الثمن ، حلف[1] على ذلك ، وقيل للراهن: إن أتيت برهن ثقة يشبه الرهن الذي بعت وتكون قيمته كقيمة الرهن الأول فلك أخذ الثمن ، وإلا بقي الثمن رهناً إلى الأجل ، ولم يُعجَّل للمرتهن حقه ، وهذا إذا بيع بإذن المرتهن ، ولم يسلمه من يده إلا إلى المبتاع ، وأخذ منه الثمن .

وأما إن أسلمه إلى الراهن فباعه خرج من الرهن ، وإن تعدى المرتهن فباع الرهن أو وهبه ، فلربه رده حيث وجده ، فيأخذه ويدفع ما عليه فيه ، ويتبع المبتاع بائعه بالثمن .

[في رهن الثمرة والزرع ونتاج الحيوان وإجارة الرقيق]

ومن ارتهن ثمرة نخل أو زرعاً قبل بدو صلاحهما أو بعده جاز ذلك ، إن حازه المرتهن ، أو عدل يرضيان به ، ويتولى من يحوزه سقيه وعمله ، وأجر السقي في ذلك على الراهن ، كما أن عليه نفقة الدابة والعبد الرهن ، وعليه كسوة العبد وكفنه إن مات ودفنه ، وللذي ارتهن الثمرة أن يأخذ النخل معها ، وله قبض الأرض مع الزرع ليتم له الحوز ، ثم لا يكون رهناً في قيام الغرماء ، إلا الثمر أو الزرع خاصة والنخل والأرض للغرماء .

ومن ارتهن أمة حاملاً كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهناً [معها][2]، وكذلك نتاج الحيوان كله .

ومن ارتهن نخلاً لم يدخل في الرهن ما فيها من ثمر ، أُبِّرَ أو لم يؤبّر ، أزهى أو لم يزه ، ولا ما يثمر بعد ذلك إلا أن يشترط ذلك .

---

(١) في هـ : حلّفه .

(٢) سقطت من ك .

وولد الأمة في هذا بخلاف ما تثمره الأصول ؛ لأن من باع أمة حاملاً كان ما في بطنها للمبتاع .

ومن باع نخلاً قد أُبِّر ثمرها فهو للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع ، [وكذلك][1] الثمرة وكراء الدور وإجارة العبيد كل ذلك للراهن ، ولا يكون في الرهن إلا أن يشترطه المرتهن ، وكذلك صوف الغنم وألبانها ، إلا صوفاً كمل نباته يوم الرهن فإنه رهن معها .

ولا يكون مال العبد الرهن رهناً إلا أن يشترطه المرتهن كالبيع ، فيدخل في البيع والرهن ، كان ماله معلوماً[2] أو مجهولاً .

وما وهب له فليس برهن ، وهو كماله موقوف بيده إلا أن ينتزعه سيده .

[في هلاك الرهن إذا أرهن بغير أمر المرتهن]

وإن تكفلت لرجل بدين وأعطيته به رهناً جاز ذلك ، فإن هلك الرهن عند المرتهن وهو مما يغاب عليه ضمنه ، فإن كانت قيمته كفاف الدين فقد استوفى المرتهن حقه ، وترجع أنت على الذي عليه الحق بقيمة رهنك ، وسواء في هذا تكفلت عن المطلوب بأمره أو بغير أمره ، أو أعطيت الرهن بأمره أو بغير أمره ، فأما إن رهنته[3] بأمر المطلوب وقيمة الرهن أكثر من الدين[4] رجعت على المطلوب خاصة بمبلغ الدين من رهنك ، ويسقط دين المرتهن ، وترجع بفضل

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ك و هـ : معقولاً .

(٣) في ك : ارتهنه .

(٤) وردت هذه الجملة مكررة في ك مع اختلاف في اللفظ .

قيمة رهنك على المرتهن إن شئت ، أو على المطلوب ، فـإن أغرمـت المطلـوب الزيـادة رجع هو بها على المرتهن .

وإن كنت رهنته بغير أمر المطلوب رجعت على المطلوب بـالدين فقـط ، ولا يتبـع بالزيادة إلا المرتهن خاصة .

[الرهن في دم الخطأ]

ويجوز الرهن في دم الخطأ إن علم الراهن أن الدية على العاقلة ، ولو ظـن أن ذلـك يلزمه وحده لم يجز ، وله رد الرهن ، وكذلك الكفالة فيه .

[فيمن استعار من رجل دابة على أنها مضمونة ورهنه بها رهناً]

وإن استعرت من رجل دابة على أنها مضمونة عليك لم تضمنـها ، وإن رهنتـه بهـا رهنـاً فمصيبتـها مـن ربهـا والرهـن فيـها لا يجـوز ، فـإن ضـاع الرهـن عنـده ضمنـه ، إذ لم يأخذه على الأمانة .

[في رهن ما يغاب عليه ، والرهن على الإجارة والرهن الفاسد وضمانه]

ومن ارتهن ما[1] يغاب عليه ، وشرط أن لا ضمان عليه فيه ، وأنه مصدق لم ينفعه شرطه ، وضمن إن ادعى أنه ضاع .

ويجوز الرهن بالعارية التي يغاب عليها ؛ لأنها مضمونة .

ومن استأجر عبدَ رجلٍ وأعطاه بالإجارة رهناً جاز .

ومن ادعى قبـل رجـل ديناً فأعطـاه بـه رهنـاً يغـاب عليـه ، فضـاع الرهـن عنـده

---

(١) في ك : رهناً مما .

وتصادقا أن دعواه باطل ، وكان قد اقتضاه ولم يعلم فهو ضامن للرهن إذا لم يأخذه على الأمانة ، وكذلك إن أعطاه دراهم حتى يصارفه بها من دنانير له عليه ديناً فزعم أن الدراهم ضاعت .

وكذلك ما عمله الصناع بغير أجر ، فضمانه منهم ، وكذلك لو قبض [المرتهن][1] دينه أو وهبه للراهن ، ثم ضاع الرهن بعد ذلك ضمنه المرتهن وإن زادت قيمته على الدين ، وإن صرف دراهم بدنانير فقبض الدراهم وأعطاه بالدنانير رهناً ، وجهلا[2] ، فالرهن إن ضاع من المرتهن ، فإن كانت قيمة الرهن مثل الدراهم برئ الراهن ، وإن زادت أو نقصت ترادّا الفضل .

ومن أخذ رهناً بقراض لم يجز ، إلا أنه إن ضاع ضمنه ؛ إذ لم[3] يأخذه على الأمانة .

وإن دفعت إلى رجل رهناً بكل ما أقرض لفلان جاز ذلك .

[جامع القول في بيع الرهن والتعدي فيه وتضمين العدل عليه]

ومن ارتهن رهناً وجعلاه على يد عدل أو على يد المرتهن ، إلى أجل كذا وشرطا إن جاء الراهن بحقه إلى ذلك الأجل ، وإلا فلمن على يديه الرهن بيعه ، فلا يباع إلا بإذن السلطان وإن شرط ذلك[4] ، فإن بيع نفذ بيعه ولم يرد ، وإن لم يأذن له في بيعه رفعه المرتهن إذا حل الأجل إلى السلطان ، فإن أوفاه حقه وإلا باع له الرهن فأوفاه حقه .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) قوله : وجهلا ، أي جهلا الحكم في ذلك ، وأنه لا يجوز . المدونة (٣١٣/٥) .

(٣) في هـ : لأنه لم .

(٤) في ز : وإن شرطا .

وإذا قبض الرهن وكيل المرتهن بأمر من الراهن فهلك بيده وهو مما يغاب عليه ، فهو من المرتهن ؛ لأن قبض وكيله كقبضه ، وليس كالعدل الذي تراضيا عليه[1] .

وإن تعدى العدل في رهن في يديه فدفعه إلى الراهن أو إلى المرتهن فضاع ، وهو مما يغاب عليه ، فإن دفعه إلى الراهن ضمن للمرتهن ، وإن دفعه للمرتهن ضمنه للراهن ، فإن كان الرهن كفاف الدين سقط دين المرتهن لهلاكه بيده ، فإن كان فيه فضل ضمن العدل الفضل للراهن .

وإذا مات العدل وبيده رهن فليس له أن يوصي عند موته بوضعه عند غيره ، وذلك إلى المتراهنين .

وإذا أمر السلطان رجلاً ببيع الرهن ليقضي المرتهن حقه فباعه ، ثم ضاع الثمن من يده[2] لم يضمنه المأمور وصُدّق في ضياعه ، فإن اتهم حلف ، وكان الثمن من الذي له الدين كقول مالك في ضياع ثمن ما باعه السلطان لغرماء المفلس أنه من الغرماء[3] .

وإن قال المأمور : قد بعت الرهن بمائة وقبضها المرتهن ، وقال المرتهن : ما أخذت شيئاً ، صدق المرتهن ، ولو قال المرتهن : إنما باعه بخمسين وقضانيها ، ضمن المأمور الخمسين الباقية بإقراره أنه باعه بمائة ، كمأمور يدفع مائة دينار إلى رجل يدعي أنه دفعها وقال الرجل : لم أقبض إلا خمسين ، فالمأمور ضامن للخمسين .

وإذا باع السلطان الرهن ودفع ثمنه إلى المرتهن ، ثم استحق الرهن وقد فات عند المبتاع ، أو غاب المبتاع فلم يوجد ، فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن ،

---

(١) في ك و هـ و ز : تراضيا به . والمثبت من ق .

(٢) في ك : بيده .

(٣) في ك : أنه من الغرماء إذ لهم بيعه .

ويرجع المرتهن بحقه على الراهن . وقاله مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها وقد دارت في أيدي رجال ، أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء .

وإن باع المأمور الرهن بحنطة أو شعير أو عرض لم يجز ، ثم إن[1] ضاع ما قبضه منه ضمنه المأمور بتعديه .

ولو باع بالعين لم يضمن .

وكذلك الوكيل على بيع سلعة يبيعها بغير العين .

وإن قال الراهن : لم يحلّ الأجل ، وقال المرتهن : قد حل ، صدق الراهن ؛ لأن المرتهن مقر بأجل يدعي حلوله ، وهذا إذا أتى الراهن بأمر لا يستنكر وادعى أجلاً يشبه ، وإلا لم يصدق .

[في اختلاف المتبايعين في الأجل ، وما يخرج به الرهن من يد المرتهن]

قال مالك[2]: وإذا قال مبتاع السلعة بعد أن فاتت عنده : ابتعتها بثمن إلى أجل ،

---

(١) في هـ : لم يجز ، فإن .

(٢) قوله : قال مالك . . . إلخ ، استدلال من ابن القاسم على أن القول قول الراهن من باب الأحرى ؛ لأن مالكاً قال بتصديق المشتري في مسألة البيع ، وخالفه ابن القاسم ، وهنا في مسألة الرهن لم يُنقل قول عن مالك فيها ، إلا أن ابن القاسم قال فيها بتصديق الراهن ، ثم استدل عليه بقول مالك في مسألة البيع ؛ لأنه إذا كان يقول هناك بتصديق المشتري فأولى أن يقول هنا بتصديق الراهن ، لذلك خالفه ابن القاسم في مسألة البيع ولم يخالفه في الرهن ، وإليك نص المدونة لبيان هذا المعنى ، ففيها : « أرأيت إن قال المرتهن : قد حلّ أجل المال ، وقال الراهن : لم يحل أجل المال ، قال : القول قول الراهن ؛ لأن المرتهن قد أقرّ أن الحق إلى أجل ، وهذا إذا أتى الراهن بأمر لا يستنكر وادعى أجلاً يشبه أن يكون القول قوله لا يدعي أجلاً بعيداً يستنكر ، فإن ادعى من ذلك ما لا يشبه لم يصدق . قلت : وهذا قول مالك ؟ قال : أخبرني بعض من أثق به أنه سأل مالكاً عن الرجل يبيع من الرجل =

وقال البائع : بل بثمن حال ، فإن ادعى المبتاع أجلاً قريباً صُدق ، وإن ادعى أجلاً بعيداً لم يصدق . قال ابن القاسم : لا يصدق في الأجل ، ويؤخذ بما أقر به من المال[1] حالاً ، إلا أن يقر بأكثر مما ادعاه البائع ، فلا يكون للبائع إلا ما ادعاه .

ومن ارتهن رهناً فقبضه ، ثم أودعه للراهن أو أجره منه أو أعاره إياه أو رده إليه بأي وجه كان حتى يكون الراهن هو الحائز له ، فقد خرج من الرهن .

وليس للمرتهن إن أعاره إياه رده في الرهن ، إلا أن يعيره [إياه][2] على ذلك ، فإن أعاره على ذلك ثم لم يرتجعه حتى قامت الغرماء [على الراهن][3] أو مات ، كان أسوة الغرماء .

= السلعة فتفوت عنده السلعة فيقتضيه ثمنها فيقول الذي عليه الحق : ثمنها إنما هو إلى أجل كذا وكذا ، ويقول الذي له الحق : ديني حالٌّ ، قال مالك : إن ادعى الذي عليه أجلاً قريباً لا يستنكر رأيته مصدقاً ، وإن ادعى أجلاً بعيداً لم يقبل قوله ، قال ابن القاسم : وأنا أرى أن لا يصدق المبتاع في الأجل ، ويؤخذ بما أقر به من المال حالاً ، إلا أن يكون أقرّ بأكثر مما ادعى البائع ، فلا يكون للبائع إلا ما ادعى ، فهذا لم يزعم أنه باع إلى أجل ، فقد جعل مالك القول قول مدعي الأجل إذا أتى بأمر لا يستنكر ، ففي مسألتك أحرى أن يكون القول قول مدعي الأجل » . المدونة (٣٠٧/٥ ـ ٣٠٨) .

(١) في ك : ويؤخذ بإقراره بالمال .

(٢) سقطت من ك و ق .

(٣) سقطت من ك .

وكذلك إن ارتهنت أرضاً فزرعها الراهن بإذنك وهي بيدك ، كان خروجاً من الرهن .

[في المرتهن يؤجر الرهن أو يعيره ، وذكر الرهن إذا لم يقبض حتى مات الراهن أو فلس]

وإذا أجر المرتهن الرهن ، أو أعاره بإذن الراهن ، وولي المرتهن ذلك ولم يسلمه إلى الراهن ، لم يكن ذلك خروجاً من الرهن ، وهو على حاله ، فإن ضاع الرهن[١] عند المستأجر ، وهو مما يغاب عليه فضياعه[٢] على الراهن ؛ لإذنه فيه ، وإن لم يقبض المرتهن الرهن حتى مات الراهن أو فلس ، كان أسوة الغرماء في الرهن .

وإذا كان الحق إلى أجل وأخذ به رهناً ، فمات الراهن قبل الأجل بِيع [الرهن][٣] وقضي المرتهن حقه ؛ لأن من مات فقد حلتْ ديونه .

[فيمن رهن لامرأته قبل البناء بالصداق]

ومن رهن لامرأته[٤] رهناً قبل البناء بجميع الصداق جاز ذلك ؛ لأن عقد النكاح يوجب لها الصداق كله ، إلا أن يطلق قبل البناء ، فإن طلق قبل البناء لم يكن له أخذ نصف الرهن ، والرهن أجمع رهن بنصف الصداق ، كمن قضى بعض الدين أو وُهِب

---

(١) في هـ : فإن غاب هذا الرهن . وفي ك : فإن ضاع الرهن وهو عند المستأجر .

(٢) في هـ : فضمانه .

(٣) سقطت من ق .

(٤) في : ومن رهن امرأته .

له ، فالرهن رهن بما بقي له ، فإن هلك الرهن وهو مما يغاب عليه ضمن المرتهن جميعه ، وقد اختلف قول مالك في رهن [من][1] أحاط الدين بماله ، وقد ذكرناه في كتاب المديان[2] .

[في اختلاف المتراهنين في الاقتضاء ، وذكر الرهن في السلم]

وإذا كان لك على رجل مائتان فرهنك بمائة منها رهناً ، ثم قضاك مائة وقال : هي التي فيها الرهن ، وقلت أنت : هي التي لا رهن فيها ، وقامت الغرماء أو لم يقوموا ، فإن المائة يكون نصفها لمائة الرهن ، ونصفها للمائة الأخرى ، وإن أسلمت في طعام إلى أجل وأخذت به رهناً ، ثم تقايلتما بعد ذلك الأجل أو قبله ، ولم تقبض رأس المال مكان الرهن الذي في يديك ، لم تجز الإقالة ، إلا أن تقبض رأس المال مكانك قبل أن تفترقا ، وإلا دخله بيع الطعام قبل قبضه .

[في العبد يرتهن فيجني جناية]

ومن ارتهن عبداً فجنى العبد جناية خُيِّر السيد أولاً ، فإن فداه كان على رهنه ، وإن أسلمه خير المرتهن أيضاً ، فإن أسلمه كان لأهل الجناية بماله ، قل أو كثر ، وبقي دين المرتهن بحاله[3] ، وإن فداه المرتهن لم يكن لسيده أخذه حتى يدفع ما فداه به مع الدين .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) مضى في كتاب المديان ، وقد تم التعليق عليه هناك ، وبيَّنا أن المشهور في المذهب قول مالك الأول : إن رهنه جائز ، وقد اختاره ابن القاسم وقال : إنه القول الذي عليه جماعة الناس . انظر (٦٢٢/٣) .

(٣) وردت هنا زيادة في ط ، وهي : وليس للمرتهن أن يؤدي من مال العبد في الجناية ، ويبقى رهناً إلا أن يشاء سيده . ولم أثبت هذه الزيادة في المتن رغم ما فيها من فائدة ؛ لأنها ساقطة من جميع النسخ الأخرى ، وليست في المدونة ، ولعلها مأخوذة من بعض الأمهات الأخرى .

ولا يكون ماله رهناً بأرش ولا دين ، إذ لم يشترط في الدين أولاً .

وإن أبى سيده أن يأخذه بِيع العبد بعد حلول [أجل][1] الدين ، لا قبله ، وبدئ بما فداه به المرتهن من الجناية ، فإن ساوت رقبته أقل مما فداه به ، لم يتبع السيد بما بقي من ذلك ؛ لأنه فداه بغير أمره ، وأتبعه بدينه الأول .

وإن كان فيه فضل كان الفضل من رقبته في الدين ، وإن افتداه المرتهن بأمر الراهن ، أتبعه المرتهن بما فداه به وبالدين جميعاً .

ولو أقر الراهن أن العبد الرهن جنى جناية ، أو استهلك مالاً وهو عند المرتهن ، ولم تقم بذلك بينة ، فإن كان الراهن معدماً لم يصدّق ، وإن كان مليئاً قيل له : أتفديه أم تسلمه[2]؟ فإن فداه بقي[3] رهناً على حاله ، وإن أسلمه لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل ، فإذا حل [الأجل][4] أدى الدين ودفع العبد بجنايته التي أقر بها ، وإن فلس قبل الأجل فالمرتهن أحق به من أهل الجناية ، وليس ذلك كثبوت الجناية ببينة .

[فيمن عنده رهن لرجل ثم استقرضه الراهن دراهم بذلك الرهن ، وفي الرهن المشترك يهلك عند أحد المرتهنين]

وإذا أخذت من رجل رهناً بدين لك عليه ثم استقرضك دراهم أخرى على ذلك

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في هـ : إما أن تفديه وإما أن تسلمه .

(٣) في ك : بقي العبد .

(٤) سقطت من ك .

الرهن ، [جاز][1] ، وكان بالدينين [جميعاً][2] رهناً .

وإذا ارتهنت ثوباً قيمته مائة دينار في خمسين ديناراً ثم رهن رب الثوب فضلته لغيرك ، لم يجز ، إلا أن يكون ذلك بإذنك فيجوز ، وتكون حائزاً للمرتهن الثاني ، فإن هلك الثوب بيدك بعدما ارتهن الثاني فضلته ضمنت منه مبلغ دينك ، وكنت في الباقي أميناً ، ويرجع المرتهن الثاني بدينه ؛ لأن فضلة الرهن على يدي عدل ، وهو المرتهن الأول .

[في نفقة الرهن والضالة]

وإن أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره ، رجع بما أنفق على الراهن ، ولا يكون ما أنفق في الرهن إذا أنفق بأمر ربه ؛ لأن ذلك سلف إلا أن يقول له : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، فله حبسه بنفقته[3] وبما رهنه فيه ، إلا أن تقوم الغرماء على الراهن ، فلا يكون المرتهن أحق منهم بفضله عن دينه لأجل نفقته ، أُذن له في ذلك أو لم يؤذن ، إلا أن يقول له : أنفق والرهن بما أنفقت رهناً .

فأما المنفق على الضالة فهو أحق بها من الغرماء حتى يستوفي نفقته[4] ، إذ لا يقدر على صاحبها ، ولابد من النفقة عليها ، والرهن[5] يأخذه راهنه بنفقته ، فإن غاب رفع ذلك إلى الإمام .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ك : بما أنفقه .

(٤) في هـ : حتى يستوفي نفقته أولاً .

(٥) في هـ : والمرتهن .

[القول فيما رهنه الوصي أو الأب من الصبي ، ومن أخذ صداق أمته أو ابتاع الصبي أو الأب لمن يلي عليه]

وللوصي أن يرهن من متاع اليتيم رهناً فيما يبتاع له من كسوة أو طعام ، كما يتسلف لليتيم حتى يبيع له بعض متاعه ، وذلك لازم لليتيم .

وللوصي أن يعطي[1] مال اليتيم مضاربة .

ولا يعجبني[2] أن يعمل به الوصي لنفسه ، إلا أن يتجر لليتيم فيه أو يقارض له به غيره .

وللوصي أن يسلف الأيتام ويرجع عليهم إن كان لهم يوم السلف عرض أو عقار ، ثم يبيع ويستوفي ، وإن لم يكن لهم يوم السلف مال فقال الوصي : أنا أسلفهم فإن أفادوا مالاً رجعت عليهم ، لم يكن له ذلك . والنفقة عليه حينئذ على وجه الحسبة ولا يرجع [عليهم][3] بشيء [وإن أفاد اليتيم مالاً][4].

وليس للوصي أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهناً ، إلا أن يكون تسلف لليتيم مالاً من غيره أنفقه عليه ، ولا يكون أحق بالرهن من الغرماء ؛ لأنه حائز لنفسه من نفسه ، وهو والغرماء في ذلك سواء[5].

---

(١) في ك : يعطي من .

(٢) لا يعجبني هنا على المنع ، قال خليل في المختصر : « ولا يعمل هو به » وقد عللوا ذلك بمخافة أن يحابي نفسه بزيادة من الربح . انظر : التقييد (٣٥٤/٥)، منح الجليل (٥٨٨/٩) ، مختصر خليل (٢٩١).

(٣) سقطت من ك و ز .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) في ك : أسوة .

ومن قال : لله عليّ أن أصوم شهراً متتابعاً أجزأه التبييت لأول ليلة ولا يحتاج أن يبيّت الصوم كل ليلة[1].

ولا يدفع أحد الوصيين رهناً من التركة إلا بإذن صاحبه ، وإن اختلفا نظر الإمام ، وكذلك البيع والنكاح .

وإذا عزل الورثة دين الغريم فضاع ، فمذكور في كتاب المديان[2].

ومن زوج أمته وأخذ مهرها قبل البناء بها فاستهلكه وأعتقها ، ثم طلقها الزوج قبل البناء ولا مال للسيد ، لم يُردّ عتقها ؛ لأن الدين إنما لزم السيد حين طلق الزوج لا يوم العتق .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وليس للسيد أن يأخذ مهر أمته ويدعها بلا جهاز ، ولكن يجهزها به كالحرة .

وإذا رهن الأب من متاع ابنه الصغير في دين على الأب ولم يستدنه للولد ، لم يجز الرهن ، لأنه لا يجوز له أخذ مال ولده من غير حاجة ، وإنما يجوز بيع الأب عليه على وجه النظر وكذلك الوصي .

---

(١) هذه المسألة ـ كما ترى ـ لا علاقة لها بهذا الكتاب ، وهي من مسائل كتاب الصيام ، وهي في المدونة في هذا الموضع في أكثر النسخ إلا في نسخة ابن عتاب ، فإنها سقطت من هنا وألحقت بكتاب الصيام الذي هو مكانها الطبيعي ، ومثل هذه المسائل التي ترد في غير أماكنها يوجد في التهذيب بشكل قليل ، فقد تقدم في مسألتين تقريباً ، وسيأتي في مسألة أو مسألتين تقريباً في كتاب الغصب ، ورغم أن البرادعي تتبع في تهذيبه مثل هذه الثغرات ، فقد فاتته هذه المسائل ، وقد قال الزرويلي معلقاً على هذه المسألة : وهذه المسألة ليست بينها وبين هذا الكتاب مناسبة . انظر : التقييد (٣٥٤/٥).

(٢) وقد تقدم في الجزء الثالث (ص ٦٢٢) .

ولا بأس أن يشتري الأب أو الوصي لبعض من يليان عليه من بعض .

[في المرتهن يشترط منفعة الرهن]

وإذا اشترط المرتهن منفعة الرهن فإن كان الدين من قرض لم يجز ذلك ؛ لأنه سلف جر منفعة .

وإن كان الدين من بيع ، وشرط منفعة الرهن إلى أجل مسمى ، قال مالك : لا بأس به في الدور والأرضين وكرهه في الحيوان والثياب ، إذ لا يدري كيف يرجع إليه ، وأجاز ذلك كله[1] ابن القاسم إذا سميا[2] أجلاً كالإجارة ، وهذه إجارة وبيع .

[في رهن المصحف والقراءة فيه]

ولا بأس برهن المصحف ، ولا يقرأ فيه ، فإن لم يشترط في أصل السلف أن يقرأ فيه فوسع له رب المصحف أن يقرأ فيه لم يعجبني[3] ، كان الرهن من بيع أو قرض .

---

(١) أي أجازها في الحيوان والثياب ـ كما في الدور والأرضين ـ ولم يكره شيئاً من ذلك ، وظاهر السياق أن الكراهة هنا بمعنى الحرمة ، كما يدل عليه قوله : « وأجاز ذلك ابن القاسم » . ولمالك قول كقول ابن القاسم ، وبه قال أشهب ، وهو المشهور وعليه مشى خليل حين قال : « وجاز شرط منفعة إن عينت ببيع لا قراض » ، قال الحطاب معلقاً على قوله هنا : ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين الحيوان وغيره ، وهو اختيار ابن القاسم . . . ولمالك ـ رضي الله عنه ـ كقول ابن القاسم ، وبه قال أشهب وأصبغ ، والمصنف مشى على قول ابن القاسم ، لإطلاقه ولذكره مسألة الضمان عقبه ، إذ لا يكون إلا فيما يغاب عليه . انظر : مواهب الجليل (١٧/٥) ، مختصر خليل (١٨٣).

(٢) في هـ : سمى .

(٣) لم يعجبني هنا على الكراهة ، نص على ذلك الزرويلي . انظر : التقييد (٦/٢) .

ولا يجوز لمسلم أن يؤجر نفسه في شيء مما حرم الله عز وجل ، وهذا مذكور في كتاب الجعل والإجارة[1] .

[في رهن الحلي والدنانير والدراهم]

ولا ترهن الدنانير والدراهم والفلوس ، وما لا يعرف بعينه من طعام أو إدام ، وما يكال أو يوزن ، إلا أن يطبع على ذلك ، ليمنع المرتهن من النفع به ، ويرد مثله .

وأما الحلي فلا يطبع عليه ، حذر اللبس ، كما لا يفعل ذلك في سائر العروض ؛ لأن ذلك يعرف بعينه .

[في رهن الخمر والأمة الحامل والخلخالين]

ولا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمراً أو خنازير .

وإذا ولدت الأمة الرهن ثم ماتت ، كان ولدها رهناً بجميع الدين .

وإن رهنك خلخالين من ذهب في مائة درهم فاستهلكتهما قبل الأجل أو كسرتهما ، وقيمتهما مائة درهم ، لم أجعل ذلك قَصَاصاً بدينك ، ولكن تؤخذ القيمة منك دراهم فتوضع بيد عدل مطبوع عليها رهناً ، فإذا حل الأجل أخذتها في حقك ، وكذلك إن كان من فضة فلزمتك قيمتها دنانير ، كانت رهناً كما ذكرنا إلى الأجل ، فإن وفاك حقك أخذ الدنانير ، وإلا صُرفت لك ، وأخذت منها حقك .

وكان ابن القاسم يقول : إذا كسر الخلخالين فإنما عليه ما نقص الصناعة ، ثم رجع[2] إلى أن يغرم قيمتها ، ويكونان له ، ولا يكون الرهن بما فيه ولكن المرتهن ضامن لجميع قيمته .

---

(١) وقد تقدم في الجزء الثالث (ص ٣٦٢) .

(٢) واستقر عليه ، وهو المذهب . انظر : التقييد (٤/٦).

[فيما لا يجوز من الرهن ، وذكر فدائه]

ومن لك عليه دين إلى أجل من بيع أو قرض ، فرهنك به رهناً على أنه إن لم يفتكه منك إلى الأجل ، فالرهن لك بدينك ، لم يجز ذلك ، وينقض هـذا الرهـن ، ولا ينتظر به الأجل ، ولك أن تحبس الرهن حتى تأخذ حقك ، وأنت أحق به من الغرمـاء ، وإن حلّ الأجل والرهن بيدك أو بيد أمين ، فقبضته أنت لأجل شرطك[١] ذلك ، لم يتم لك ملك الرهن فيما شرطت فيه ، ولكن ترده إلى ربه ما لم يفت ، وتـأخذ دينـك ، ولـك أن تحبسه حتى تأخذ دينك ، وأنت أحق به من الغرمـاء ، فـإن فـات الرهـن بيـدك بما يفـوت بـه البيـع الفاسـد مـن حوالـة سـوق فـأعلى في الحيـوان والسـلع ، وأمـا الـدور والأرضون فلا يفيتـهما حوالـة سـوق ولا طـول زمـان ، وإنمـا يفيتـهما الغـرس والبنـاء والهدم ، وسواء هدمتها أنت أو انهدمت بأمر من الله ، فذلك فـوت ، فحينئـذ لا تـرد الرهن ويلزمك بقيمته يوم حل الأجل ؛ لأنه بيع فاسد وقـع يـوم حـل الأجـل ، وأنـت للسلعة يومئذ قابض وتقاضيه بدينك وتترادان الفضل .

[الرهن في الفلوس وفسادها]

ومن أسلفته فلوساً وأخذت به رهناً ، ففسدت الفلوس ، فليس لك عليـه إلا مثـل فلوسك ، ويأخذ رهنه .

وإن بعته سلعة بفلوس إلى أجل ، فإنما لك نقد الفلوس يوم البيـع ، ولا يلتفـت إلى كسادها ، وكذلك إن أقرضته دراهم فلوساً وهي يومئذ مائة فلس بدرهم ، ثم صارت مائتي فلس بدرهم فإنما يرد إليك ما أخذ لا غير ذلك[٢].

---

(١) في هـ فقبضته أنت الآن بشرطك .

(٢) في ك : فإنما يرد ما أخذ لا غير .

[فيمن أخذ رهناً مما يغاب عليه فهلك بيده ، فقام عليه الغرماء ولا مال له سوى الدين الذي أخذ فيه الرهن]

وإذا أخذت رهناً يغاب عليه في ثمن شيء بعته ، أو قرض عين أو عرض أو حيوان أو طعام ، فهلك الرهن بيدك وقامت عليك الغرماء ولا مال لك غير الدين الذي لك على غريمك ، فعلى غريمك غرم دينك ، وله محاصة غرمائك بقيمة رهنه ، ولا يكون دينك عليه رهناً له بذلك ، ولا له المقاصة بذلك ؛ لأنك لم ترهنه إياه .

وكذلك إن أسلفته مالاً ، ثم ابتعت منه سلعة بثمن ولم تذكر أن ذلك من دينك ، ثم قامت الغرماء على أحدكما ، فلا يكون ما في ذمته له رهناً بما في ذمة الآخر ، ولكنه يغرم ويحاص .

وإن تكفلت عن رجل بحق عليه ، وأخذت منه بذلك رهناً فذلك جائز .

[في اختلاف الراهن والمرتهن في مبلغ الدين]

وإذا اختلف الراهن والمرتهن في مبلغ الدين ، فالرهن كشاهد للمرتهن ، إذ حيازته[1] وثيقة له ، فإذا كانت قيمته يوم الحكم والتداعي لا يوم الرهن مثل دعوى المرتهن فأكثر ، صدق المرتهن مع يمينه .

وإن تصادقا على أن قيمته يوم التراهن أقل من ذلك فزاد سوقه ، لم أنظر إلا إلى قيمته الآن ، زادت أو نقصت .

فإن قال الراهن : هو في مائة ، وقال المرتهن : في مائتين ، صُدّق المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن يوم الحكم ويحلف .

---

(١) في ك : إن حازه .

فإن ادعى أكثر من قيمة الرهن الآن ، لم يصدق فيما زاد عليها ، وحلف الراهن على ما قال ، فإن حلف فإنما يبرأ من الزيادة على قيمة الرهن ، ويؤدي مبلغ قيمته ويأخذه إن أحب ، وإلا فليس له أخذه .

وإن قال المرتهن : ارتهنته في مائة دينار ، وقال الراهن : المائة لك عليّ ولم أرهنك إلا بخمسين ، فالقول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة الرهن ، فإن لم يساو[1] إلا خمسين فعجل الراهن الخمسين قبل الأجل ليأخذ رهنه ، وقال المرتهن[2]: لا أسلمه حتى آخذ المائة ، فللراهن أخذ رهنه إذا عجل الخمسين قبل أجلها ، وتبقى عليه خمسون بغير رهن ، فكما لو أنكرها لم تلزمه ، فكذلك لا تلزمه بما رهنه في أكثر من قيمته .

وإذا ضاع الرهن عند المرتهن فاختلفا في قيمته تواصفاه ، ويكون القول في الصفة قول المرتهن مع يمينه ، ثم يدعى لتلك الصفة المقوِّمون ، ثم إن اختلفا في الدين صدق المرتهن إلى مبلغ قيمة تلك الصفة .

وإن رهنه ثوبين فضاع عنده أحدهما فاختلفا في قيمته صدق المرتهن مع يمينه في قيمته ويسقط من الدين مبلغ قيمة الثوب الذاهب .

وإذا كان بيد المرتهن عبدان ، فادعى أنهما رهن بألف ، وقال الراهن : رهنتك بالألف أحدهما ، وأودعتك الآخر فالقول قول الراهن ؛ [لأن][3] من ادعى في سلعة بيده أو عبد أن ذلك رهن وقال ربه : بل عارية أو وديعة صدق ربه ،

---

(١) في هـ : يسوَ .

(٢) في هـ : وقال المكتري المرتهن .

(٣) سقطت من ك .

ولو كانا نمطا[1] وجُبّة فهلك النمط فقال المرتهن : أودعتنيه والجبة رهن ، وقال الراهن : النمط هو الرهن ، والجبة وديعة ، فكل واحد مدع على صاحبه ، فلا يصدق الراهن في تضمين المرتهن لما هلك ، ولا يصدق المرتهن أن الجبة رهن ، ويأخذها ربها .

وإن بعت من رجل سلعة على أن يرهنك عبده[2] ميموناً بحقك وفارقته قبل قبضه ، لم يبطل الرهن ، ولك أخذه منه رهناً ، ما لم تقم عليه الغرماء ، فتكون أسوتهم .

وإن باعه قبل أن تقبضه منه ، مضى البيع ، وليس لك أخذه برهن غيره ؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك إياه لذلك ، وبيعك الأول غير منتقض .

وإن بعت منه سلعة بثمن إلى أجل على أن تأخذ به رهناً ثقة من حقك ، فلم تجد عنده رهناً ، فلك نقض البيع وأخذ سلعتك أو تركه بلا رهن .

[فيمن ارتهن عصيراً فصار خمراً وذكر إهراقها ، وإذا صارت خلاً]

ومن ارتهن عصيراً فصارت خمراً ، فليدفعها إلى الإمام لتهراق بأمره ، وكذلك الوصي يجد في التركة خمراً خوفاً من أن يتعقب بأمر[3] .

وإذا ملك المسلم خمراً أهريقت عليه ، ولا يخللها ، فإن أصلحها فصارت خلاً فقد أساء ، ويأكله .

---

(١) النمط بفتحتين : ثوب من صوف ذو لون من الألوان ولا يكاد يقال للأبيض . انظر : المصباح (٦٢٦) .

(٢) في ط : عنده .

(٣) في هـ : بأمره .

[في رهن جلود السباع والميتة]

ولا بأس برهن جلود السباع المذكّاة وبيعها دبغت أو لا ، ولا يجوز رهن جلود الميتة ولا بيعها دبغت أم لا ، ويجوز ارتهان ما لا يجوز بيعه في وقت ، وقد يجوز بيعه بعد ذلك ، مثل زرع أو ثمر ، لم يبد صلاحه ، فإن ارتهنت ذلك منه ، ثم مات الراهن قبل أجل الدين ، ولم يبد صلاح الزرع أو الثمر ، حل الدين الذي لك عليه بموته ، وتعجلت دينك من ماله ، وسلّمت الرهن لورثته ، وإن لم يدع مالاً انتظرت أن يحل بيع ما ذكرنا ، فيباع وتأخذ دينك من ثمنه ، فإن فلّس الراهن أو مات ، فقام عليه غرماؤه ، والذي بيدك من الرهن لم يبد صلاحه ، فمذكور في كتاب التفليس[1].

ويحكم بين أهل الذمة في تظالمهم في الرهان .

[في رهن المكاتب والمأذون]

وإذا رهن المكاتب أو ارتهن ، جاز ذلك إن أصاب وجه الرهن ؛ لأنه جائز البيع والشراء ، وكذلك المأذون .

وإذا وجد السيد مع المكاتب قبل حلول أجل الكتابة مالاً فيه وفاء بالكتابة أو أقل منها ، فليس له أخذه .

وإذا أعطاك أجنبي رهناً بكتابة مكاتبك لم يجز ذلك ، كما لا تجوز الحمالة بها ، وإن خاف المكاتب العجز ، جاز أن يرهن أم ولده ، فأما ولده فلا ، وذلك كالبيع .

---

(١) وقد تقدم في الجزء الثالث (ص ٦٣٩) .

ومن رهن عبداً ثم أعتقه أو كاتبه جاز ذلك إن كان ملياً وعجل الدين ، وأما إن دبره جاز ، وبقي رهناً على حاله ؛ لأن الرجل يرهن مدبره .

وروى ابن وهب عن مالك[1] أن التدبير مثل العتق سواء فليعجل[2] له دينه .

وإذا أعتقه السيد قبل محل الدين فليس له أن يرهنه سواه حتى يحل الأجل[3] ، وليعجل له حقه في ملائه .

وإن أعتقه وهو عديم بقي[4] العبد رهناً فإن أفاد ربه قبل الأجل مالاً أخذ منه الدين ونفذ العتق .

[في الراهن يطأ الأمة الرهن أو يطؤها المرتهن فتلد]

ومن رهن أمته ثم وطئها الراهن فأحبلها ، فإن وطئها بإذن المرتهن أو كانت مُخْلاة تذهب [حيث شاءت][5] وتجيء في حوائج المرتهن فهي أم ولد للراهن ، ولا رهن للمرتهن فيها ، وإن وطئها على وجه الغصب والتسور بغير إذن المرتهن عجل ربها الحق إن كان ملياً وكانت له أم ولد ، وإن لم يكن له مال بيعت الجارية بعد

---

(١) قال سحنون : ورواية ابن وهب أحسن من قول ابن القاسم . قلت : وقد مشى خليل في مختصره على رواية ابن القاسم حين قال : « وبقي إن دبره » ، قال عليش شارحاً : أي وإن دبر الراهن الرقيق المرهون بقي الرقيق الرهن رهناً إن دبره الراهن بعد رهنه عند ابن القاسم . وقال ابن وهب : التدبير كالعتق ، فيعجل الموسر الدين . واختاره سحنون . انظر : التقييد (٦/٩)، منح الجليل (٥/٤٦٦) .

(٢) في ق و ك : إذا عجل .

(٣) في ز : إلى حين الأجل .

(٤) في ك : ثم بقي .

(٥) سقطت من هـ و ز .

الوضع ، ولا يباع ولدها وهو حر لاحق النسب ، فإن نقص ثمنها عن دين المرتهن أتبع السيد بذلك ، فإن وطئها المرتهن فولدت منه حُدّ ولم يلحق به الولد وكان مع الأم رهناً وعليه للراهن ما نقصها الوطء ، بكراً كانت أو ثيباً إن أكرهها ، وكذلك إن طاوعته وهي بكر ، فأما إن كانت ثيباً فلا شيء عليه[1] والمرتهن وغيره في ذلك سواء .

فإن اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها لم يعتق عليه ولدها لأنه لم يثبت نسبه منه .

[في المديان يعتق عبده]

وإذا أعتق المديان عبده فأراد الغرماء رد العتق وبيع العبد فقال لهم[2] العبد خذوا دينكم [مني][3] ولا تردوا العتق ، أو تبرع بذلك لهم أجنبي ، فذلك للعبد .

[فيمن استعار سلعة ليرهنها]

ومن استعار سلعة ليرهنها جاز ذلك ، ويقضى للمرتهن ببيعها إن لم يؤد الغريم ما عليه ، ويتبع المعير المستعير بما أدى عنه من ثمن سلعته ، ولو هلكت السلعة عند المرتهن وهي مما يغاب[4] عليه لأتبع[5] المعير المستعير بقيمتها .

وإن كانت مما لا يغاب عليه لم يضمنها المستعير ولا المرتهن .

---

(١) « فلا شيء عليه » أي من الأرش لأجل الوطء ؛ لأن الوطء لا ينقصها إن كانت ثيباً ، وإنما ينقصها لو كانت بكراً ، أما الحد فهو عليه على كل حال ، ولا يلحق به الولد ـ كما تقدم ـ .

(٢) في ق : فإن قال لهم .

(٣) سقطت من ق .

(٤) تقدم معنى ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه . انظر (ص ٤٩) من هذا الجزء .

(٥) في ز : لا يتبع .

ومن أعرته سلعة ليرهنها في دراهم مسماة فرهنها في طعام فقد خالف ، وأراه ضامناً .

ومن استعار عبداً ليرهنه فرهنه ثم أعتقه المعير ، فإن كان المعير ملياً جاز العتق ، وقيل له : عجّل الدين إلى ربه إذ أفسدت رهنه ، إلا أن تكون قيمة العبد أقل من الدين فلا يلزمه إلا قيمته ويرجع المعير على المستعير بذلك بعد محل أجل الدين لا قبله .

ومن رهن عبداً ثم أقر أنه لغيره لم يجز إقراره في هذا .

ومن رهن رهناً على أنه إن مضت سنة خرج من الرهن فلا أعرف[1] هذا من رهون الناس ، ولا يكون هذا رهناً[2].

[في بعض مسائل المأذون والمأمور يأخذ من الثمن رهناً]

ومن قال لعبده : أدّ إليّ الغلة ، لم يكن بهذا مأذوناً له .

وإذا اشترى المأذون من قرابة سيده من لو ملكهم سيده عُتقوا عليه وهو يعلم ، لم يجز ذلك ، كما لو أعطاه سيده مالاً يشتري له[3] عبداً فاشترى من يعتق على سيده لم يجز ، وليس له أن يتلف مال سيده .

(١) في هـ و . : فلا يعرف .

(٢) هذا قول ابن القاسم أنه ليس رهناً لا في السنة ولا بعدها ، وهو المشهور ، وقال أشهب : هو رهن في تلك السنة وبعدها . وقال اللخمي : هو رهن في تلك السنة ، ولا يكون رهناً بعدها . انظر : التقييد (١١/٦) .

(٣) في ز و هـ : به .

ومن أمرته أن يبيع لك سلعة فباعها وأخذ [لك][1] بثمنها[2] رهناً ، لم يجز ذلك عليك ، كما ليس له بيعها بالدين إلا بأمرك ، فإن أمرته أن يبيع بالدين فباع وأخذ رهناً فأنت مخير في قبوله ويكون ضمانه منك إن تلف ، وإلا رددت الرهن إلى ربه وبقي البيع[3] على حاله ، فإن تلف الرهن قبل علمك به فضمانه من المأمور .

[في المقارض يشتري بالمال عبداً فيرهنه في عبد اشتراه بدين]

ولا يجوز للمقارض الشراء بالدين على القراض ، فإن اشترى بجميع المال عبداً ثم اشترى عبداً ثانياً بدين فرهن فيه الأول لم يجز ذلك ، ولو أمره رب المال أن يشتري بالدين على المضاربة كانت مضاربة لا تحل، ولو جاز هذا جاز أن يقارضه بغير مال .

[في الذي يرهن نخلاً أو زرعاً ببئر فتنهار البئر ، والذي يرهن أرضاً ذات نخل ولم يسمها]

ومن ارتهن نخلاً ببئرها أو زرعاً أخضر ببئره فانهارت البئر فأبى الراهن أن يصلح فأصلح المرتهن لخوف هلاك الزرع والنخل ، فلا رجوع له بما أنفق على الراهن ، ولكن يكون له ذلك في الزرع ، وفي رقاب النخل يبدأ فيه بنفقته ، فما فضل كان في دينه ، فإن بقي بعد ذلك شيء كان لربه ، كالمكتري سنين أو المساقي ينفق في مثل ذلك ، فليس له أن ينفق

---

(١) سقطت من ز و ك و هـ .

(٢) في ك : بقيمتها .

(٣) في ز : المبيع .

ما زاد[1] على كراء تلك السنة خاصة في الكراء ، أو علـى حـظ رب النخـل مـن ثمـرة تلك السنة في المساقاة ، وهذا مذكور في كتاب الأكرية[2].

وإن أخذ الراهن مالاً من أجنبي فأنفقـه في ذلـك الـزرع لخوف هلاكـه فـالأجنبي أحق بمبلغ نفقته من ثمن الزرع من المرتهن ، فما فضـل كـان للمرتهـن ، فـإن لم يفضـل [منه][3] شيء رجع المرتهن على الراهن بدينه .

ومن رهن أرضاً ذات نخل لم يسـمها أو رهـن النخـل ولم يسـم[4] الأرض ، فذلـك موجب لكون الأرض والنخل رهناً ، وكذلك [هذا][5] في الوصية والبيع .

[فيمن ارتهن أرضاً فأُخذ منــه خراجـها ، وفي الرجلـين يرتهنـان الثـوب وغـير ذلك]

وإن ارتهنت أرضاً فأخذ منك السـلطان خراجـها لم ترجـع بـه علـى الراهـن إلا أن يكون ذلك الخراج حقاً وإلا فلا .

وإذا ارتهن رجلان ثوباً فرضيا ، ورضي الراهن كونه بيد أحدهما جاز ، فإن هلك ضمن الذي هو في يديه حصته ، ولا يضمن الآخر شيئاً ، وضمان حصته من الراهن ، وإن لم يجعله ربه[6] بيد أحدهما جعلاه حيث شاء ، وهما ضامنان [له][7].

---

(١) في ق و ز و هـ : فليس لهم ما زاد .

(٢) يريد به كتاب كراء الدور والأرضين وقد تقدم . انظر : (٤٨٣/٣) .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ز و هـ : لم يذكر .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ك : الراهن . وسقطت من ق .

(٧) سقطت من ك .

[في الذي يأخذ رهناً من ديون له مفترقة على أكثر من شخص واحد]

وإذا كان لرجلين على رجل دين مفترق ، لهذا مال ولهذا طعام ، أو لهذا قرض ولهذا سلم ، فأخذا به رهناً واحداً جاز ذلك ، إلا أن يكون أحدهما أقرضه قرضاً على أن يبيعه[1] الرجل الآخر بيعاً ويأخذا بذلك جميعاً رهناً ، فلا يجوز ؛ لأنه قرض جرّ منفعة .

وأما إن وجب الدين من بيع أو [من][2] قرض بغير هذا الشرط فذلك جائز ، ولو أقرضاه جميعاً معاً واشترطا أن يرهنهما فلا بأس به . قيل : فإن قضى أحدهما دينه هل له أخذ حصته من الرهن ؟ قال : قال مالك في رجلين رهنا داراً لهما في دين فقضى أحدهما حصته من الدين فإن له أخذ حصته من الدار ، فكذلك مسألتك إلا أن في مسألتك إن كتبا دينهما في كتاب واحد وكان دينهما واحداً فليس لأحدهما أن يقبض[3] شيئاً دون صاحبه ، وإن كان دينهما مفترقاً شيئين لهذا مال وللآخر قمح فلا يدخل أحدهما فيما اقتضى الآخر ، كتبا الصنفين في كتاب واحد أم لا ، وإنما الذي ليس لأحدهما أن يقبض[4] دون الآخر أن يكتبا كتاباً بينهما بشيء واحد يكون ذلك الشيء بينهما أو يكون الرهن لهما في شيء واحد ، وإن لم يكتبا به كتاباً - مثل أن تكون[5] دنانير كلها أو قمحاً كله أو نوعاً واحداً - فليس لواحد

---

(١) في ق : يبيع .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في هـ : يقتضى .

(٤) في هـ : يقتضى .

(٥) في هـ : أن يكون دينهما .

[منهما][1] أن يقبض[2] دون صاحبه ، وفي كتاب التفليس[3] ذكر من جنى جناية لا تحملها العاقلة فرهن فيها رهناً .

وإن ارتهنت عبدين فقتل أحدهما صاحبه فالباقي[4] رهن بجميع الدين ؛ لأن مصيبة العبد من الراهن .

[في الذي يحبس داره أو يتصدق بها على ولده الصغار ، وكيفية الحوز في ذلك[5]]

ومن حبس على صغار ولده داراً ، أو وهبها لهم ، أو تصدق بها عليهم ، فذلك جائز ، وحوزه لهم حوز ، إلا أن يكون ساكناً في كلها أو جلها حتى مات ، فتبطل جميعها وتورث على فرائض الله عز وجل ، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن يسكن أقلها وأكرى لهم باقيها ، فذلك نافذ لهم فيما سكن وفيما لم يسكن ، ولو سكن الجل وأكرى الأقل بطل الجميع .

وكذلك دور يسكن واحدة منها هي أقل حُبُسه أو أكثره على ماذكرنا .

[فيمن غصب عبداً فجنى عنده ، أو ارتهنه فأعاره فهلك عند المعار]

ومن غصبك عبداً فجنى عنده [جناية][6] ثم رده إليك والجناية في رقبته فأنت

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في هـ : يقتضى .

(٣) وقد تقدم ، انظر (ص ٦٣٩) من الجزء الثالث .

(٤) في ق : فالثاني . والمثبت من باقي النسخ .

(٥) هذه المسألة ـ كما ترى ـ ليست من مسائل كتاب الرهون ، لكن المناسبة بينها وبين هذا الكتاب هي مسألة الحوز وبم يكون . انظر : التقييد (١٣/٦) .

(٦) سقطت من ز و ق .

مخير في إسلامه وتأخذ قيمته من الغاصب أو تفتكه بدية الجناية ولا ترجع على الغاصب بشيء .

ومن ارتهن عبداً فأعاره لرجل[1] بغير أمر الراهن فهلك عند المعار بأمر من الله ، لم يضمن هو ولا المستعير . وكذلك إن استودعه رجلاً ، إلا أن يستعمله المودع أو المستعير عملاً ، أو يبعثه[2] مبعثاً يعطب في مثله ، فيضمن .

[فيمن اشترى جارية ولها زوج أو ارتهنها]

ومن ارتهن جارية لها زوج ، أو ابتاعها لم يمنع زوجها من وطئها ، ومن رهن أمة عبده أو رهنهما معاً[3] فليس للعبد وطؤها في الرهن ، ثم هي في الوجهين بعد فداء الرهن للعبد كما كانت ، وافتكاكهما[4] جميعاً أبين[5] .

ومن رهن أمته[6] ثم زوجها لم يجز تزويجه ؛ لأن ذلك عيب إلا برضا المرتهن .

ومن أقرضته مائة درهم وأخذت منه بها رهناً قيمته مائة درهم ، ثم استقرضك مائة أخرى ففعلت على أن يرهنك بالمائتين رهناً آخر قيمته مائتان ، لم يجز ؛

---

(١) في هـ : رجلاً .

(٢) في ق : يبعثاه .

(٣) في ك : جميعاً .

(٤) في هـ : وارتهانهما وافتكاكهما .

(٥) أي : إن وطأه لها بعد افتكاكهما من الرهن وقد كانا مرهونين معاً أبين في الجواز من وطئه لها بعد افتكاكها ، وكانت وحدها مرهونة ، وكلا الأمرين جائز ، لكن الأول من باب أولى . انظر : المدونة (٣٣٩/٥) .

(٦) في ز : أمة .

لأنك انتفعت[1] بزيادة وثيقة في المائة الأولى . وكذلك لو كانت المائة الأولى بغير[2] رهن ثم استقرضك مائة أخرى على أن يرهنك بها وبالمائة الأولى رهنا فلا خير فيه .

قال : فإن نزل ذلك وقامت الغرماء على المتسلف في فلس أو موت فالرهن الثاني رهن بالدين الآخر خاصة دون الأول .

تم الكتاب بحمد الله وعونه

* * *

* *

*

(١) في ز : ابتعت .

(٢) في هـ : بلا رهن .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الغصب[1] ﴾

[فيمن تعدى على صحفة[2] أو عصا أو ثوب أو دابة]

[3] ومن تعدى على صحفة ، أو عصا لرجل [بعينه][4] فكسرها ، أو خرّق ثوباً ، فإن أفسد ذلك فساداً كثيراً خير ربه في أخذ قيمة جميعه ، أو أخذه بعينه ، وأخذ ما نقصه من المتعدي ، وإن كان الفساد يسيراً فلا خيار لربه وإنما له ما نقصه بعد رفء[5] المتعدي للثوب .

وقد كان مالك يقول : يغرم ما نقصه ، ولا يفصل[6] بين قليل ولا كثير ، ثم قال هكذا[7] .

---

(١) الغصب في اللغة هو : أخذ شيء ظلماً ، أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه ابن عرفة بأنه : « أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال » . وعرفه خليل في مختصره بأنه : « أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٤٩١) ، منح الجليل (٧/٧٦) ، مختصر خليل (٢١٠) .

(٢) الصحفة : إناء كالقصعة ، والجمع صحاف . المصباح (٣٣٤) .

(٣) في ك و ز : قال . وفي هـ : قال ابن القاسم .

(٤) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٥) رفأ الثوب : أصلحه . مختار الصحاح (١٢٥) .

(٦) في ك : ولا يفرق .

(٧) وقوله الأخير هذا هو الذي اختاره ابن القاسم ، وهو الذي عليه المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « فإن أفات المقصود كقطع ذنب دابة ذي هيئة أو أذنها . . . فله أخذه ونقصه أو قيمته ، وإن لم يفته فنقصه . . . ورفأ الثوب مطلقاً » انظر : منح الجليل (٧/١٤٢ - ١٤٧)، مختصر خليل (٢١٢) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/٤٦٠) .

وكذلك من تعدى على دابة رجل فقطع لها عضواً ، أو فعل بها ما أفسدها فساداً يسيراً أو كثيراً ، فهي كالثوب فيما وصفنا ، وكذلك سائر الحيوان .

[في التعدي على الأمة والعبد من قبل الغاصب أو غيره ، والمغصوب يصيبه عيب أو نقص أو زيادة]

وأما من تعدى على عبد رجل ففقأ عينه ، أو قطع له جارحة أو جارحتين ، فما كان من ذلك فساداً فاحشاً حتى لم يبق فيه كبير منفعة ، فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه[1]، وكذلك الأمة .

ومن غصب أمة فزادت قيمتها عنده أو نقصت ، ثم قتلها أو وهبها أو تصدق بها ، ففاتت [عنده][2]، فإنما عليه قيمتها يوم الغصب فقط ، ولو غصبها وقيمتها مائة ، ثم باعها وقيمتها مائتان ، بخمسين ومائة ، ثم لم يعلم للأمة موضع ، فإنما لربها على الغاصب إن شاء الثمن الذي قبض فيها أو قيمتها يوم الغصب ، ولو قتلها عند الغاصب أجنبي وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم الغصب ، فلربها أخذ القاتل بقيمتها يوم القتل بخلاف الغاصب ، فإن كانت قيمتها يومئذ أقل من قيمتها يوم الغصب ، كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب .

وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر من الله تعالى ، فربها مخير في أخذها معيبة ، أو يضمنه قيمتها يوم الغصب .

---

(١) وأما ما لم يكن فاحشاً بحيث لا يفيت النفع المقصود منه فإن السيد يخير بين أن يأخذه وما نقصه ؛ لأنه ينتفع به ، أو يغرم له الجاني قيمته ويعتق عليه أدباً لتعديه وظلمه ، كما قال الإمام مالك . انظر : منح الجليل (١٤٦/٧ ـ ١٤٧) .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

وإن كانت جارية فأصابها عنده عور ، أو عمى ، أو ذهاب يد [بأمر][1] من الله تعالى بغير سببه ، فليس لربها أن يأخذها ، وما نقصها عند الغاصب إنما له أخذها ناقصة ، أو قيمتها يوم الغصب .

وليس للغاصب أن يلزم ربها أخذها ، ويعطيه [قيمة][2] ما نقصها إذا اختار ربها أخذ قيمتها ، ولو ماتت عند الغاصب ضمن قيمتها .

ولو كان الغاصب هو الذي قطع يدها ، فلربها أن يأخذها وما نقصها ، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم الغصب .

ولو قطع يدها أجنبي ، ثم ذهب فلم يقدر عليه ، فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها ، وله أن يضمنه قيمتها يوم الغصب[3] ، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها ، وإن شاء ربها أخذها وأتبع الجاني بما نقصها دون الغاصب .

[فيمن غصب أمة صغيرة فكبرت عنده أو ولدت أو جنى عليها أو باعها فقتلها المبتاع أو جنى عليها ، وكذلك العبد والدابة والثوب]

ومن غصب أمة شابة فهرمت عنده ، فذلك فوت يوجب لربها قيمتها .

[قال :][4] وإن غصبها صغيرة وهي تساوي مائة ، فكبرت عنده حتى نهدت[5] فصارت تساوي ألفاً ثم ماتت ، فإنما يضمن مائة ، ولو ولدت عند الغاصب ثم مات

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) في ك و ق : ثم الغصب . والمثبت من هـ و ز .

(٤) سقطت من ز .

(٥) نهدت : أي برز ثديها وكعب وأشرف . انظر : المصباح (٦٢٧) .

الولد ، لم يضمنهم ، ولو قتلهم الغاصب ضمن قيمتهم ، ولو باعها الغاصب من رجل لم يعلم بالغصب فماتت عند المبتاع ، فلا شيء عليه ، ولربها أخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب لا يوم البيع أو الثمن الذي أخذه فيها ، [و][1] لو قتلت عند المبتاع فأخذ لها أرشاً ثم استحقت ، فلربها إن شاء أخذ قيمتها يوم الغصب من الغاصب ، وإن شاء أخذ منه الثمن وأجاز البيع ، وإن شاء أخذ من المبتاع ما قبض فيها من القاتل ، ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن .

ولو كان المبتاع هو الذي قتلها ، فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل ، ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن .

قال ابن القاسم : وإنما ضمن المبتاع قيمتها ؛ لأن مالكاً قال فيمن ابتاع طعاماً فأكله ، أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها ، ثم استحق ذلك [مستحق][2]: إن المستحق يأخذ من المبتاع مثل طعامه وقيمة الثياب ، وإنما وضع عن المبتاع موت الجارية ؛ لأنه من أمر الله تعالى [يعرف][3].

وكذلك ما عرف هلاكه من [أمر][4] الله تعالى من الثياب والطعام ، فلا يضمنه المبتاع[5].

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ك .

(٤) سقطت من ك و ز .

(٥) في ق : فلا يضمنه المبتاع ما نقصها . والمثبت من باقي النسخ ، وهو ـ كما ترى ـ أقوم للمعنى .

وكذلك إن قطع المبتاع يدها أو فقأ عينها ، فلربها أخذها ويضمن المبتاع ما نقصها ويرجع المبتاع بالثمن على الغاصب ، وإن شاء ربها أجاز البيع وأخذ الثمن من الغاصب ، أو أغرمه القيمة يوم الغصب .

وكذلك من اشترى ثوباً من غاصب ولم يعلم ، فلبسه لبساً ينقصه ثم استحق ، فالجواب [فيه][1] كما ذكرنا في قطع المبتاع يد الأمة ، ولو كان ذهاب عين الجارية ، أو قطع يدها عند المبتاع بأمر من الله تعالى من غير سببه ، لم يضمن المبتاع ذلك ، والمغصوب منه مخير في أخذ جاريته ناقصة ، ولا شيء له على المبتاع ولا على الغاصب ، أو يأخذ من الغاصب الثمن أو القيمة يوم الغصب . ومن غصب عبداً أو دابة فباعها ثم استحقها رجل وهي بحالها ، فليس له تضمين الغاصب قيمتها وإن حالت الأسواق ، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب ، كما لو وجدها بيد الغاصب قد حال سوقها ، فليس له تضمينه قيمتها إلا أن تتغير في بدنها ، وإن أجاز ربها البيع بعد أن هلك الثمن بيد الغاصب ، فإن الغاصب يغرمه .

وليس الرضا ببيعه ، يوجب له[2] حكم الأمانة في الثمن .

وإذا باع الغاصب الأمة ، فولدت عند المبتاع أو ماتت ، ثم أجاز ربها البيع ، فذلك جائز .

وإن أَقَمْتَ شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة ، وشاهداً آخر على إقرار الغاصب

---

(١) سقطت من ق و ز .

(٢) في ق : يلزمه . والمثبت من باقي النسخ . والمعنى أن رضى صاحب السلعة ببيع الغاصب لها لا يجعل الغاصب له حكم الأمين بحيث لا يضمن ثمن السلعة لو هلكت من غير تفريط .

أنه غصبكها ، تمت[1] الشهادة ، ولو شهد أحدهما أنها لك وشهد الآخر أنه غصبكها ، فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها ، فيقضى لك بها ، ولم يجتمعا على إيجاب الغصب .

فإن دخل الجارية نقص ، كان لك أن تحلف مع الشاهد بالغصب ، ويضمن الغاصب القيمة .

[فيمن أقام شاهداً على أرض أنها له]

ومن أقام شاهداً أن هذه الأرض له ، وشاهداً آخر أنها [في][2] حيزه ، قضي له بها ؛ لأنهما قد اجتمعا على الشهادة ، ومعنى حيزه كقولك : هذا حيز فلان ، [وهذا حيز فلان][3].

[فيمن غصب أمة بها عيب ، والغاصب يبيع الأمة ويقر أنه غصبها]

ومن غصب أمة بعينها بياض فباعها ، ثم ذهب البياض عند المبتاع ، فأجاز ربها البيع ، ثم علم بذهاب البياض فقال : إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهابه وأما الآن فلا أجيزه ، لم يلتفت إلى قوله ولزمه البيع .

وقد قال مالك في المكتري ، يتعدى [في][4] المسافة ، فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد : فهي للمتعدي ، ولا شيء لربها فيها ، ولو شاء لم يَعْجَلْ[5].

---

(١) في ز : ثبتت .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ز .

(٤) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٥) أي ولو شاء رب الدابة لم يعجل في أخذ قيمتها ، ويصبر حتى توجد ، ولكنه لما استعجل قيمتها قبل وجودها لم يعد له الحق فيها إذا وجدت . انظر : المدونة (٥/٣٤٩) .

ومن غصب أمة فباعها ، فقام ربها وقد أعتقها المبتاع ، فله أخذها ونقض العتق ، نقصت أو زادت ، وله أن يجيز البيع ، فإن أجازه تم العتق بالعقد الأول ، والعتق منعقد بظاهر الشراء ، والبيع لم يزل جائزاً إلا أن للمستحق فيه الخيار .

ومن باع أمة ثم أقر أنه غصبها من فلان ، لم يصدق على المبتاع ، ويضمن لربها قيمتها يوم غصبها ، إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن ، فذلك له .

[فيمن ابتاع أمة من غاصب ومن افتيت عليه في بيع سلعته]

ومن ابتاع أمة من غاصب ولم يعلم [به][١] ، ثم ابتاعها الغاصب من ربها ، فليس للغاصب نقض ما باع ؛ لأنه تحلل صنيعه وكأنه غرم القيمة له .

ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها ، كان نقضاً لبيع الغاصب ، وللمبتاع أخذها من الذي اشتراها من الغاصب .

وإن باع الغاصب ما غصب ، ثم علم المبتاع بالغصب والمغصوب منه غائب ، فللمبتاع رد البيع بحجة أنه يضمنه ، ويصير ربه مخيراً عليه إذا قدم . وليس للغاصب أن يقول : أنا أستأني رأي صاحبها .

ولو حضر المغصوب منه فأجاز البيع ، لم يكن للمبتاع رده ، وكذلك من افتيت[٢] عليه في بيع سلعته في غيبة ربها أو[٣] حضوره .

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) افتيت عليه ، أي فُعل بدون أمره ، من قولهم : افتات فلان ، إذا سبق بفعل الشيء واستبد برأيه ولم يؤامر فيه من هو أحق منه بالأمر فيه . انظر : المصباح (٤٨٢) .

(٣) في جميع النسخ عدا ق : و .

وإن أقمت بينة على رجل أنه غصبك جارية لا يدرون قيمتها وقد هلكت ، قيل لهم : صفوها ! وتُقوّم تلك الصفة .

وإن شهدت البينة أنه غصبك ثوباً أو جارية ، لا يدرون لمن تلك الجارية أو الثوب ، فذلك تمليك[1] ، ويقضى عليه برد ذلك إليك .

[في ادعاء الغاصب هلاك المغصوب]

وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة ، واختلفا في صفتها[2] ، صدق الغاصب في الصفة[3] مع يمينه ، فإن جاء بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفة[4] مع يمينه ، ولو قضينا بقول الغاصب في القيمة ثم ظهرت السلعة ، أو[5] الأمة عنده بعد الحكم ، فإن علم أنه أخفاها ، فلربها أخذها ورد ما أخذ ، وإن لم يعلم ذلك لم يأخذها [ربها ، قال ابن القاسم :][6] إلا أن يظهر أفضل من تلك الصفة بأمرٍ بين ، فلربها الرجوع بتمام القيمة ، وكأن الغاصب لزمته القيمة فجحد بعضها .

---

(١) وردت هذه العبارة في النسخ الأخرى هكذا : لا يدرون لمن ذلك ، فذلك تمليك . وفي ز : تمليك لك .

(٢) في ك : صفقتها .

(٣) في ك و هـ : الصفقة .

(٤) في ك : الصفقة .

(٥) في ز : و .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ك .

[فيمن غصب أو انتهب صرة ، والأمة تلد بيد الغاصب]

ومن غصب أو انتهب صرة ببينة ، ثم قال : كان فيها كذا ، والمغصوب يدعي أكثر ، فالقول قول الغاصب مع يمينه .

وإذا ولدت الأمة بيد الغاصب من وطئه ، أو من زوج تزوجها علم أنها أمة ولم[1] يعلم بالغصب ، أو ولدت من زناً ، فلربها أخذها وأخذ الولد رقاً ، ويحد الغاصب في وطئه إن أقر بالوطء ، ولا يثبت نسب ولده ، ويثبت نسب ولد الزوج ويكون رقاً ، إلا أن يتزوجها أنها حرة ، فيكون عليه لربها قيمة الولد ويكون حراً .

ومن ابتاع أمة [من غاصب][2] فأعتقها ، فليأخذها ربها ، وينتقض العتق إن قامت له بينة أنها غُصبت منه أو سرقت ، أو أنها له ولم تذكر البينة غير ذلك ، وإذا ولدت من المبتاع فمذكور في كتاب الاستحقاق[3] .

[فيمن ابتاع ثوباً من غاصب أو طعاماً أو إداماً]

ومن ابتاع ثوباً من غاصب ولم يعلم فلبسه حتى أبلاه ثم استحق ، غرم المبتاع لربه قيمته يوم لبسه ، وإن شاء ربه ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه ، أو أجاز البيع وأخذ الثمن .

---

(١) في ك و ز : أو .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ز و ق ، والمثبت من هـ .

(٣) سيأتي كتاب الاستحقاق ، وهو الذي يلي هذا الكتاب ، وانظر للمسألة (ص ١١٢) .

ولو تلف الثوب من عند المبتاع [بأمر من الله تعالى ، لم يضمنه ، ولو تلف عند الغاصب][1] بأمر من الله ، ضمنه .

ومن غصب من رجل طعاماً أو إداماً فاستهلكه[2] ، فعليه مثله بموضع غصبه ، فإن لم يجد هناك مثلاً ، لزمه أن يأتي بمثله ، إلا أن يصطلحا على أمر جائز[3].

فإن لقيه ربه بغير البلد الذي غصبه فيه لم يقض عليه[4] هناك بمثله ولا بقيمته ، وإنما له عليه مثله بموضع غصبه فيه .

[فيمن غصب عروضاً أو حيواناً أو رقيقاً أو ربعاً أو أرضاً فزاد ذلك عنده أو انتفع به]

وأما العروض والرقيق والحيوان ، فله[5] قيمة ذلك ببلد الغصب يوم الغصب يأخذه بتلك القيمة أينما لقيه من البلدان ، نقصت القيمة في غير البلد أو زادت .

وما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر ، أو تناسل[6] من الحيوان ، أو جز من الصوف ، أو حلب من اللبن ، فإنه يرد ذلك كله مع ما اغتصب لمستحقه ، وما أكل رد المثل فيما له مثل ، والقيمة فيما لا يقضى بمثله .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) في ق : فاستهلك .

(٣) في ز : على أمر عليه .

(٤) في ز و هـ : له .

(٥) في هـ : والحيوان إذا غصبها فله .

(٦) في ك : أو شجر أو زيتون أو تناسل .

وليس له اتباع المستحق بما أنفق في ذلك[1] ، وسقى ، وعالج ، ورعى ، ولكن له المقاصة بذلك فيما بيده من غلة ، وإن عجزت الغلة عن ذلك ، لم يرجع على المستحق بشيء ، وإن ماتت الأمهات وبقي الولد ، أو ما جز منها وحلب ، خير ربها : فإما أخذ قيمة الأمهات ولا شيء له فيما بقي من ولد ، أو صوف ، أو لبن [ونحوه][2] ولا في ثمنه إن بيع ، وإن شاء أخذ الولد إن كان ولد ، أو ثمن ما بيع من صوف ، أو لبن ونحوه .

وما أكل الغاصب أو انتفع به من ذلك ، فعليه المثل فيما له المثل ، والقيمة فيما يقوّم ، ولا شيء عليه من قبل الأمهات ، ألا ترى أن من غصب أمة ثم باعها فولدت عند المبتاع ثم ماتت ، فليس لربها أن يأخذ أولادها ، وقيمة الأمة من الغاصب ، وإنما له أخذ الثمن من الغاصب أو قيمتها يوم الغصب أو يأخذ الولد من المبتاع ، ثم لا شيء له عليه [ولا على الغاصب][3] من قيمة الأم ، ولكن[4] للمبتاع الرجوع على الغاصب بالثمن . ولا يجتمع على الغاصب غرم ثمنها وقيمتها .

وكل ربع اغتصبه غاصب فسكنه أو اغتله ، أو أرضاً فزرعها ، فعليه كراء ما سكن أو زرع لنفسه ، وغرم ما أكراها به من غيره ما لم يحاب ، وإن لم يسكنها ولا انتفع بها ولا اغتلها ، فلا شيء عليه .

---

(١) في هـ : في ذلك كله .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٤) في ق : ثم ليكن .

وما اغتصب أو سرق من دواب أو رقيق ، فاستغلها[1] شهوراً[2] ، أو طال مكثها بيده ، أو[3] أكراها وقبض كراها ، فلا شيء عليه في ذلك ، وله[4] ما قبض من كرائها ، وإنما لربها عين شيئه ، وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالها لم تتغير في بدن ، ولا ينظر إلى تغير سوق .

ولو استعمل الدابة حتى أعجفها أو أدبرها ، فتغيرت في بدنها ، فلربها أن يضمنه قيمتها يوم غصبها أو سرقها[5] ، وإلا أخذها ولا كراء له ، ولم[6] يكن على الغاصب أو[7] السارق كراء ما ركب من الدواب ، بخلاف ما سكن من الربع أو زرع ؛ لأنه أنفق عليهم ، وهو لو أنفق على الصغير من رقيق أو حيوان حتى كبر ، كان لمستحقه أخذه بزيادته ، ولم يكن له ما أنفق أو أعلف أو كسا ، ولو كان ذلك ربعاً وأحدث فيه عملاً ، كان له أخذ ما أحدث فيه ، فهذه وجوه مفترقة .

وأما المكتري أو المستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً ، أو يحبسها أياماً كثيرة ولم يركبها ثم يردها بحالها ، فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي ،

---

(١) في هـ : فاستعملها .

(٢) في ك : شهراً . وفي هـ : أشهراً .

(٣) في ق : و .

(٤) أي لرب الدواب والرقيق الذي غصبت منه وليس للغاصب ، كما قد يوهم ظاهر العبارة . انظر : المدونة (٥/٣٥٦) .

(٥) في ز : سوقها .

(٦) في ز : وإن لم .

(٧) في جميع النسخ عدا ق : و .

أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد[1] المسافة ، وله في الوجهين على المكتري الكراء الأول .

والغاصب أو السارق ليس عليه في مثل هذا قيمة ولا كراء إذا ردها بحالها .

ابن القاسم : ولولا ما قاله مالك لجعلت على السارق كراء ركوبه[2] [إياها][3] ، وأضمنه قيمتها إذا حبسها عن أسواقها كالمكتري ، ولكن آخذ فيها بقول مالك .

ولقد قال جُلّ الناس[4] إن الغاصب والسارق والمكتري والمستعير ، بمنزلة واحدة لا كراء عليهم ، [وليس عليهم][5] إلا القيمة ، أو[6] يأخذ دابته .

[في المكتري أو المستعير يتعدى في المسافة أو يزيد في الحمل فتهلك به الدابة لذلك]

قال ابن القاسم : وإذا زاد مكتري الدابة أو مستعيرها في المسافة ميلاً أو أكثر ،

---

(١) في هـ : كراء ما حبسها بعد المسافة .

(٢) في ك : كراء ركوبها .

(٣) سقطت من ز و ك .

(٤) قوله : ولقد قال جلّ الناس . . . إلخ ، هذا جواب من ابن القاسم لسحنون لما استشكل عدم وضع الكراء على السارق والغاصب ، كما يوضع على المستعير والمكتري ، فأجابه ابن القاسم بأن مذهب مالك يعتبر أعدل المذاهب وأنصفها لرب الدابة ، حيث جعل الكراء على المكتري والمستعير ، ولم يسقطه إلا عن الغاصب والسارق ، فأما غيره من جلّ الناس فقد أسقطوا الكراء عن الجميع ، سواء كان سارقاً أو غاصباً أو مكترياً أو مستعيراً . انظر : المدونة (٥/٢٥٨) .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ز : و .

فعطبت ، ضمن وخيّر ربها ، فإما ضمّنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء لـه في الزيـادة ، وإما ضمّنه كراء الزيادة ولا شيء له من قيمتها ، وله على المكتري الكـراء الأول علـى كل حال .

ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة ، مثل الـبريد أو اليـوم وشبهـه ، لم يلزمـه قيمتـها ، ولا يضمن إلا كراء[1] الزيادة فقط .

وما مات من الحيوان ، أو انهدم من الربـع بيـد غاصبه بقـرب الغصـب ، أو بغـير قربه بغير سبب الغاصب ، فإنه يضمن قيمة ذلك يوم الغصب .

ومن استعار دابـة ليشيـع عليـها رجـلاً إلى ذي الحليفـة فبلغـها ، ثم تنحـى قريبـاً ، فنزل ثم رجع ، فهلكت في رجوعه ، فإن كان الـذي تنحـى إليـه مثـل منـازل النـاس ، لم يضمن ، وإن جاوز منازلهم ضمن .

ولا تحمل العاقلة دم العبد[2] ، عمداً كان قتله أو خطأ .

[فيمن وهب طعاماً أو إداماً أو ثياباً أو أعارها]

ومـن وهـب لرجـل طعامـاً ، أو إدامـاً فأكلـه ، أو ثيابـاً فلبسـها حـتى أبلاهـا ، ثم استحق ذلـك رجـل ، فلـيرجع بذلـك علـى الواهـب[3] إن كـان مليـاً ، فـإن كـان عديمـاً أو[4] لم يقـدر عليـه رجـع بذلـك علـى الموهـوب ، ثم لا يرجـع الموهـوب علـى الواهـب بشـيء . وكذلـك لـو أعـاره الغـاصب هـذه الثيـاب فلبسـها

---

(١) في ك : إلا ما نقصها مع كراء .

(٢) في ز : العمد .

(٣) في ز : الموهوب .

(٤) في ك و ز : و .

لبساً ينقصها ، فعلى ما ذكرنا ، ثم لا يرجع المستعير بما يغرم من نقص الثوب على المعير ، وأما إن أكرى[1] منه الثوب فلبسه لبساً ينقصه ، فلربه أن يأخذ ثوبه من اللابس ويضمّنه ما نقص اللبس ، ثم للمكتري الرجوع على الغاصب بجميع الكراء ويصير كالمشتري .

[فيمن ادعى على رجل غصباً]

ومن ادعى على رجل غصباً وهو ممن لا يتهم بهذا عوقب المدعي ، وإن كان متهماً بذلك نظر فيه الإمام وأحلفه ، فإن [حلف برئ ، وإن][2] نكل لم يقض[3] عليه حتى ترد اليمين على المدعي كسائر[4] الحقوق .

وفي كتاب الشهادات ذكر المرأة تدعي أن فلاناً استكرهها[5].

[في اختلاف الغاصب والمغصوب ومن غصب ثوباً فصبغه]

وإذا قال الغاصب : غصبت الثوب خَلِقاً ، وقال رب الثوب : بل كان جديداً ، صدق الغاصب مع يمينه ، فإن حلف أدى قيمته خلقاً ، فإن قامت بينة تشهد أنه غصبه جديداً ، فإن كان ربه عالماً بالبينة فلا شيء له[6]، وإن لم يكن عالماً

---

(١) في هـ : اكترى .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ز .

(٣) في ز : فإن كان لم يقض .

(٤) في ز : كما يرد .

(٥) تقدم كتاب الشهادات في الجزء الثالث ، وانظر المسألة في (ص ٥٩٨) .

(٦) في هـ : فلا شيء له لأنه رضي بعيبه .

رجع بتمام القيمة ، وهذا في كل الحقوق ، [و][1] حلف[2] عند السلطان أو عند غيره .

ومن غصب ثوباً فصبغه ، خُيِّر صاحبه في أن يأخذ من الغاصب قيمته يوم غصبه ، أو يعطيه قيمة صبغه ويأخذ الثوب ، [ولا يكونان[3] شريكين في الغصب[4]][5] .

[فيمن غصب حنطة فطحنها أو سوارين فاستهلكهما أو ثوباً فقوم عليه]

ومن غصب[6] حنطة فطحنها دقيقاً ، فأحب[7] ما فيه إلي أن يضمن مثل الحنطة .

ومن غصب لرجل سوارين من ذهب فاستهلكهما ، فعليه قيمتهما مصوغين من الدراهم ، وله أن يؤخره بتلك القيمة ، وكذلك من غصب لرجل ثوباً فحكم عليه بقيمته ، فلا بأس أن يؤخره بها ، وأما من كسر لرجل سوارين ، فإنما عليه قيمة الصياغة ؛ لأنه إنما أفسد له صنعة .

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) في ك : حلف به .

(٣) في ق : ولا يكونا .

(٤) في هـ : شريكين في الثوب . وأشهب يرى أنه لا شيء له في الصبغ لأنه مستهلك .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) في هـ : غصب لرجل .

(٧) أحب هنا للوجوب فليس لصاحب الحنطة إذا طحنها الغاصب إلا مثلها ؛ لفواتها بالطحن ، ولا يُمكَّن ربها من أخذ الدقيق ، خلافاً لأشهب القائل إن له أخذه ، وإلى هذه المسألة أشار خليل عاطفاً على ما لا يتسلط فيه المغصوب منه على أخذ عين المغصوب ، وإنما له أخذ المثل فقط : « كنقرة صِيغَت وطينٍ لُبِنَ وقمحٍ طُحن » . انظر : منح الجليل (٧/٩٥)، مختصر خليل (٢١٠).

ومن بيده [سلعة][1] وديعة [أو عارية][2] أو بإجارة ، وربها غائب ، فادعاها رجل وأقام بينة أنها له ، فليقض له بها ؛ لأن الغائب يقضى عليه بعد الاستيناء ، إلا أن يكون ربها بموضع قريب ، فيتلوم له القاضي ويأمر أن يكتب إليه حتى يقدم .

[في تغيير الغاصب للمغصوب بخلط أو صناعة أو غير ذلك من أنواع التغيير]

ومن غصب لرجل قمحاً ، ولآخر شعيراً فخلطهما ، فعليه لكل واحد مثل طعامه .

ومن غصب خشبة أو حجراً فبنى عليها ، فلربه أخذها وهدم البناء .

وكذلك إن غصب ثوباً فجعله ظهارة[3] لجبة ، فلربه[4] أن يأخذها أو يضمنه قيمة الثوب ، ولو عمل الغاصب من الخشبة باباً ، أو غصب تراباً فعمله بلاطاً[5] ، أو حنطة فزرعها فحصد منها [حباً][6] كثيراً ، أو سويقاً فلته بسمن ، أو غصب فضة فصاغها حلياً ، أو ضربها دراهم ، أو غصب حديداً ، أو نحاساً ، أو رصاصاً فعمل منه قدوراً أو سيوفاً ، أو أتلفه ، فعليه في ذلك كله مثل ما غصب في صفته ووزنه وكيله ، أو القيمة فيما لا يكال ولا يوزن .

وكذلك في السرقة ؛ لأن من ابتاع ما يكال أو يوزن بيعاً حراماً فأتلفه ، فإنما عليه مثل صفته ووزنه أو كيله ، فكذلك الغصب .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ك و ز .

(٣) الظهارة : ما يظهر للعين ، أي جعله ظاهرها ، وهي خلاف البطانة ، وهو ما يجعله داخلها . انظر : المصباح (٣٨٨) .

(٤) في ك و ز : فلربها .

(٥) في ك : طوباً .

(٦) سقطت من ز .

ومن غصب ودياً صغاراً[1] من نخل ، أو شجراً صغاراً فقلعها وغرسها في أرض فصارت بواسق ، فلربها أخذها ، [كصغير من الحيوان يكبر ، وإن غصب مسلم خمراً من مسلم فخللها ، فلربها أخذها][2].

ومن ملك[3] من المسلمين خمراً فليهرقها ، فإن اجترأ فخللها فليأكلها .

[في غصب جلد الميتة وحكم استعماله وقيمة كلب الماشية والزرع والصيد]

ومن غصب جلد ميتة غير مدبوغ فعليه - إن أتلفه - قيمته ، كما لا يباع كلب ماشية أو زرع أو صيد[4] ، وعلى قاتله قيمته ما بلغت[5].

ولم يؤقت مالك[6] أن في كلب الماشية شاة ، وفي كلب الصيد

---

(١) الودي : - تقدم أنها - صغار النخل ، والبواسق : كباره الطوال .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) في ك : لأن مالكاً قال : من ملك .

(٤) في ك : أو ضروع . وفي هـ : أو ضرع .

(٥) في ز : ما أتلف .

(٦) هذه إشارة إلى أن مالكاً لم يأخذ بالأثر المروي فيه التوقيت بهذه الأشياء ، وهو ما رواه عبد الرزاق في المصنف (١٠/٧٥ - ٧٦) وابن حزم في المحلى (١٠/٥٢٣) ، عن الثوري عن يعلى بن عطاء عن إسماعيل بن جستاس قال : كنت عند عبد الله بن عمرو بن العاص فسأله رجل : ما عقل كلب الصيد ؟ قال : أربعون درهماً ، قال : فما عقل كلب الغنم ؟ قال : شاة من الغنم ، قال : فما عقل كلب الزرع ؟ قال : فرق من الزرع ، قال : فما عقل كلب الدار ؟ قال : فرق من تراب حق على القاتل أن يؤديه وحق على صاحبه أن يقبله . هذا لفظ عبد الرزاق ، وفي رواية أخرى له : قال : قال عبد الله بن عمرو : والله إنا لنجد هذا في كتاب الله .

قلت : وكلام ابن القاسم هنا وفي المدونة يدل على أن مالكاً بلغه الخبر إلا أنه لم يأخذ به إما لأنه لم يصح عنده أو عارضه عنده معارض .

أربعين[1] درهماً ، وفي كلب الزرع فرقاً من طعام[2] ، وإنما على قاتله قيمته .

وكره مالك[3] بيع جلود الميتة والصلاة فيها أو عليها ، دبغت أو لم تدبغ ، ولكن إذا دبغت جاز الجلوس عليها ، وتفرش وتمتهن للمنافع ، ولا تلبس .

قيل لمالك : أيستقى بها ؟ قال : أما أنا فأتقيها في خاصة نفسي ، ولا أحب أن أضيق على الناس ، وغيرها[4] أعجب إلي منها .

وإذا ذكيت جلود السباع ، جاز أن تلبس وتباع ويصلى عليها ، دبغت أو لم تدبغ .

[في الفرق بين الغاصب والمحارب ، وتعريف المحارب]

وليس كل غاصب محارباً ؛ لأن السلطان يغصب فلا يعد محارباً .

---

(١) في ق و هـ و ز : أربعون .

(٢) الفرق : ـ بفتح الفاء والراء ـ ثلاثة آصع . انظر : التقييد (٣٨/٦) ، المصباح (٦٤٤) .

(٣) الكراهة هنا على المنع ، بدليل أن البيع يفسخ ، وكذلك الصلاة عليها تمنع ابتداءً ، ولكن إن صلى عليها وأتم صلاته صحت مراعاة الخلاف من اعتبرها طاهرة ، وأجاز الصلاة عليها ابتداء ، وتندب إعادتها في الوقت خروجاً من خلاف المذهب ، وقد عطف خليل في مختصره جلد الميتة على النجس حين قال : « والنجس ما استثني . . . وجلد الميتة ولو دبغ » ، قال عليش : ولو دبغ فلا يطهر ، وحديث : « أيما إهاب دبغ فقد طهر » ، محمول في المشهور على الطهارة اللغوية ، أي : النظافة . انظر : التقييد (٢٨/٦) ، مختصر خليل (٥) ، منح الجليل (٥١/١) .

(٤) أي ترك الاستقاء بها أعجب إليه من الاستقاء ، ولم يحرمه ؛ لأن الماء يدفع الخبث عن نفسه ، وأيضاً فإن كثير الماء إذا وقع فيه قليل النجاسة لم ينجسه ، فيجوز استعمال جلد الميتة إذا دبغ في اليابسات وفي الماء الطهور خاصة . وإلى هذا أشار خليل بقوله : « ورخص فيه . . . بعد دبغه في يابس وماء » . انظر : مختصر خليل (٥) ، منح الجليل (٥٢/١) .

والمحارب : القاطع للطريق ، أو من دخل على رجل بيته فكابره على ماله ، أو كابره عليه في طريق بعصاً أو بسيف أو بغير ذلك .

[فيمن غصب شيئاً ثم أودعه]

ومن غصب شيئاً ثم أودعه فهلك عند المودع ، فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدى .

[في اتخاذ الحرس في الثغور]

قيل لمالك : يا أبا عبد الله ! إنا نكون في ثغورنا بالإسكندرية ، فيقال لنا : إن الإمام يقول : لا تحرسوا إلا بإذني ، [قال مالك :][1] ويقول أيضاً : لا تصلوا إلا بإذني ، فلا يلتفت إلى قوله[2] وليحرس الناس .

[فيمن أقر بغصب ثم استثنى بعضه أو غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى أو غصب خمر ذمي]

ومن أقر أنه غصبك هذا الخاتم ، ثم قال : وفصه لي ، أو أقر لك بجبة ، ثم قال : وبطانتها لي ، أو أقر [لك][3] بدار ، ثم قال : وبناؤها لي ، لم يصدق إلا أن يكون كلامه نسقاً .

ومن غصب أرضاً فغرس فيها غرساً ، أو بنى [بناءً][4] ثم استحقها رجل ، قيل للغاصب : اقلع البناء والأصول ، إن كان لك فيه منفعة ، إلا أن يشاء رب الأرض أن يعطيه قيمة البناء والأصل مقلوعاً .

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) في ك : إليه .

(٣) سقطت من ك و هـ .

(٤) سقطت من هـ .

وكل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد القلع كالجص والنقش ، فلا شيء له فيه .

وكذلك [كل][1] ما حُفِر من بئر أو مطمر[2] ، فلا شيء له في ذلك .

ومن غصب لذمي خمراً فأتلفها ، فعليه قيمتها يقومها من يعرف القيمة من المسلمين .

[في القضاء بين أهل الذمة في الخمر والربا]

وإذا تظالم أهل الذمة في غصب[3] الخمر أو فسادها ، قضينا بينهم فيها ؛ إذ هي من أموالهم ، ولا أقضي بينهم في تظالمهم في الربا ، وترك الحكم بينهم في الربا أحب إلي[4]

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) المطمر والمطمورة : الحفرة تحفر تحت الأرض يخبأ فيها الطعام ونحوه . انظر : المصباح (٣٧٨)، المختار (١٩٢).

(٣) في ق : عصر .

(٤) اختلف في معنى قوله هنا : « وترك الحكم بينهم أحب إلي » ، فقيل : معنى ذلك إذا كانوا طلبوا أن يحكم بينهم بغير حكم المسلمين ، وأما على حكم المسلمين فلا يكرهه . وقيل : بل كره الحكم بينهم جملة ؛ لأن حكم الإسلام في حقهم غير متوجه ، إذ ليسوا بالمسلمين . وقيل : إنما كره الحكم بينهم في الربا ؛ لأن الربا ليس لهم لقوله تعالى : ﴿ وأكلهم الربا وقد نهوا عنه ﴾ ولم يكره الحكم بينهم في الخمر ؛ لأنه مباح في دينهم فهو لهم .

وأما وجه الاستدلال بالآية فهو أن الله سبحانه وتعالى قال : ﴿ فاحكم بينهم بالقسط ﴾ ، والقسط هنا محتمل ، فلا يعرف هل هو حكم الإسلام في الإسلام أو حكم الإسلام فيهم ، ثم قال : ﴿ وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً ﴾ ، والإعراض عن الحكم بينهم تتحقق به السلامة ، أما الحكم فهو محتمل ، وما هو محقق السلامة خير وأحب مما هو محتمل لها . وانظر لهذا المعنى : التقييد (٦/٣٠) ، المدونة (٣٦٧ - ٣٦٨) .

لقول الله عز وجل : ﴿ فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط ﴾[1].

[في دفن الرجل والمرأة في قبر واحد ، و من الأولى بغسلها والصلاة عليها وقبرها]

وإذا دُفن رجل وامرأة في قبر[2] ، جعل الرجل مما يلي القبلة ، قيل : فهل يجعل بينهما حاجز من الصعيد ، أو يدفنان في قبر واحد من غير ضرورة ؟ قال : ما سمعت من مالك فيه شيئاً [إلا ما أخبرتك][3].

وعصبة المرأة أولى بالصلاة عليها من زوجها ، وزوجها أحق منهم بغسلها وإدخالها في قبرها ، ويُدخلها [أيضاً][4] في قبرها ذوو محارمها ، فإن اضطر إلى الأجنبيين ، جاز أن يُدخلُوها في قبرها .

[فيمن اشترى أرضاً فعمل فيها عملاً ثم استحقت]

ومن اشترى أرضاً فحفر فيها مطامر[5] أو آباراً ، أو بنى فيها ، ثم استحقها رجل ، قيل له : ادفع إلى المبتاع قيمة العمارة والبناء وخذ أرضك بما فيها ، فإن أبى ، قيل للمبتاع : اغرم له قيمة أرضه[6] وخذها واتبع من اشتريت منه بالثمن ، فإن أبى[7]

---

(١) سورة المائدة ، الآية (٤٢) .

(٢) في هـ و ز : قبر واحد .

(٣) سقطت من ز و هـ .

(٤) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٥) تقدم معنى المطامر وأنها جمع مطمورة ، وهي الحفرة تحفر تحت الأرض ، يخبأ فيها الطعام ونحوه .

(٦) في ق : بقعته .

(٧) في هـ و ق : أبيا .

كانا شريكين [فيها][1] ، هذا بقيمة أرضه[2] والمبتاع بقيمة ما أحدث ، وكذلك من أحيا أرضاً وهو يظن أنها مواتاً ليست لأحد ، ثم استحقها رجل ، قيل له : ادفع قيمة العمارة ، فإن أبى قيل لهذا : أعطه قيمة الأرض ، فإن أبى كانا شريكين في الأرض والعمارة ، هذا بقيمة أرضه ، وهذا بقيمة العمارة .

وقد اختلف في هذه المسألة[3] ، قال ابن القاسم : وهذا أحسن ما سمعت[4] .

وإن حفر المبتاع في الأرض بئراً ، أو عمرها بأصل جعله فيها ، ثم استحق رجل نصف الأرض وأراد الأخذ بالشفعة ، قيل له : ادفع إلى المبتاع قيمة نصف[5] ما عمر وخذ نصف الأرض باستحقاقك ، ولا شفعة لك في النصف الآخر حتى تدفع للمبتاع نصف قيمة ما عمر ، فإن أبى من دفع ذلك فيما استحق واستشفع قيل للمبتاع : ادفع [إليه][6] نصف [قيمة][7] الأرض الذي استحق ، وارجع على البائع بنصف الثمن ، فإن أبى كانا شريكين في [ذلك][8] النصف ، للمستحق فيه بقدر ما استحق

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ك و ز : عرصته .

(٣) انظر : المدونة (٣٦٨) .

(٤) وهو المشهور في المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « وإن غرس أو بنى قيل للمالك : أعطه قيمته قائماً ، فإن أبى فله دفع قيمة الأرض ، فإن أبى فشريكان بالقيمة يوم الحكم » . قال عليش : أي فشريكان المالك بقيمة أرضه ، والباني أو الغارس بقيمة بنائه أو غرسه ، وبهذا قضى عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ . انظر : مختصر خليل (٢١٣)، منح الجليل (١٦٨/٧).

(٥) في جميع النسخ عدا ق : نصف قيمة .

(٦) سقطت من ك و ز .

(٧) سقطت من ق و ك .

(٨) سقطت من هـ .

وللمبتاع بقدر ما عمر ، ويكون للمبتاع النصف الآخر ونصف ما أحدث . قال ابن القاسم : وهذا أحسن ما سمعت[1] فيها .

[فيمن مات وترك دنانير فشهد قوم أنه غصبها]

ومن مات وعليه دين وترك دنانير أو دراهم ، فشهد قوم أن الميت غصب هذه الدنانير أو هذه الدراهم بأعيانها من فلان ، فإن عرفوها[2] بأعيانها ، فهو أحق بها من غرماء الميت .

* * *

(١) وهو المشهور ، والمسألة - كما ترى - مثل الأولى ، والحكم فيهما واحد إلا أن الأولى استحق فيها كل الأرض المستعملة ، بينما لم يستحق في المسألة الثانية إلا بعضها . انظر : منح الجليل (١٦٨/٧) .

(٢) في ز : عرفها .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب الاستحقاق[1] ﴾

[في الذي يكتري أرضاً سنين للبناء والغرس والزرع ثم تستحق قبل تمام المدة أو قبل فوات إبان الزرع أو بعده]

[2] ومن اكترى أرضاً سنين ؛ للبناء ، والغرس ، والزرع ، فبنى فيها أو غرس أو زرع ، وكانت تزرع السنة كلها ، ثم قام مستحق قبل تمام المدة ، فإن كان الذي أكراها مبتاعاً ، فالغلة له بالضمان إلى يوم الاستحقاق ، وللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ ، فإن أجاز فله حصة الكراء من يومئذ ، ثم له بعد تمام المدة أن يدفع إلى المكتري قيمة البناء والغرس مقلوعاً ، أو يأمره بقلعه .

وإن فسخ الكراء قبل تمام المدة ، لم يكن له قلعه[3] ، ولا أخذه بقيمته مقلوعاً[4] ، ولكن يقال له : ادفع قيمة البناء والغرس قائماً ، فإن أبى قيل للمكتري : أعطه قيمة أرضه ، فإن أبى كانا شريكين ، وكان عليه في الزرع إذا فسخ الكراء ، الصبر إلى انقضاء البطن الذي أدرك ، وله فيها الكراء من يومئذ على حساب السنة .

---

(١) عرف ابن عرفة الاستحقاق بأنه : « رفع ملك شيء بثبوت ملكٍ قَبْلَه أو حرّية كذلك بغير عوض » . وعرّفه غيره بأنه : « الحكم بإخراج المدعى فيه من يد حائزه إلى يد مدعيه بعد ثبوت سببه وشرطه وانتفاء موانعه » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٤٩٧)، منح الجليل (١٤٨/٧) .

(٢) في ط : قال مالك .

(٣) في ق : قلع ذلك .

(٤) وردت هنا زيادة في ق ، وهي : أو يأمره بقلعه . وهي زيادة ليست في باقي النسخ ، والسياق أقوم بدونها .

وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة ، فاستحقها وهي مزروعة قبل فوات إبان الزريعة ، فكراء تلك السنة للمستحق ، وليس له قلع زرعه ؛ لأن المكتري زرع بوجه شبهة .

ولو كان الزارع غاصباً ، كان لرب الأرض قلعه إن كان في إبان الزراعة .

وإن استحقها بعد إبان الزراعة وقد زرعها مشتريها أو مكتري منه ، فلا كراء للمستحق في تلك السنة ، وكراؤها للذي أكراها إن لم يكن غاصباً ، وكانت بيده بشراء أو ميراث .

وكذلك إن سكن الدار مشتريها ، أو أكراها أمداً ، ثم استحقها رجل بعد الأمد ، فلا كراء له وكراؤها للمبتاع .

وإذا كان مكري[1] الأرض لا يُعلم أغاصب هو أم مبتاع ، فزرعها المكتري منه ثم استحقت ، فمكريها كالمشتري حتى يُعلم أنه غاصب .

وإن كان مكري الأرض وارثاً ثم طرأ له أخ شريكه لم يعلم به أو علم به ، فإنه يرجع على أخيه بحصته من الكراء إن لم يحاب ، فإن حابى في الكراء رجع على أخيه بالمحاباة إن كان ملياً ، وإن لم يكن له مال رجع على المكتري .

وقال غيره[2]: بل يرجع في المحاباة على المكتري في ملائه وعدمه ، كان أخوه

---

(١) في ك و هـ : مكتري .

(٢) لم أقف على تسمية الغير هنا في كتب المذهب ، وقد نقل الزرويلي عن أبي محمد ، أن قول الغير هنا ليس خلاف قول ابن القاسم ، بل هو وفاق . قلت : وإنما يتسنى ذلك إذا حمل كلام ابن القاسم على أنه في حالة علم الأخ بأن معه وارث وكلام الغير على حالة ، عدم علمه بذلك . والله أعلم . انظر : التقييد (٦/٣٣ ـ ٣٤) .

ملياً أو معدماً ، إلا[1] أن يعلم الأخ أن معه وارثاً فيرجع عليه أخوه في عدم المكتري .

قال ابن القاسم[2]: وأما إن سكنها[3] الوارث أو[4] زرع فيها لنفسه ، ثم طرأ له أخ لم يعلم به ، فالاستحسان أن لا رجوع لأخيه عليه بشيء ، بخلاف الكراء إلا أن يكون به عالماً ، فيغرم له نصف كرائها .

وقد روى [علي بن زياد][5] عن مالك أن له [عليه كراء][6] نصف ما سكن[7]، ولو كان إنما ورث الأرض عن أخيه فأكراها ممن زرعها ثم قدم ولد للميت حجبه[8]، فليس له قلع الزرع وله الكراء ، قدم في إبان الحرث أو بعده ؛ لأنها لو عطبت كانت في ضمان القادم ، وإنما الذي يدخل مع الورثة فيشاركهم في الكراء والغلة من دخل معهم في الميراث بسبب واحد .

---

(١) في هـ : فأما إن .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ق و هـ : هذا .

(٤) في ق : و .

(٥) سقطت من ق و هـ .

(٦) سقطت من ق و هـ .

(٧) وقد رجح ابن رشد رواية علي بن زياد هذه ، قال في المقدمات : واختلف قول مالك - إذا سكن ولم يكر ، فأتى من يشاركه في الميراث - على قولين ، الأصح منهما رواية علي بن زياد عن مالك بوجوب الكراء عليه في حصة الوارث الطارئ عليه لانتفاء جميع وجوه الضمان عنه . انظر: المقدمات (٢٠٧/٢) .

(٨) في هـ : محجبة .

[فيمن استحق داراً بوراثة أو بغيرها من يد من ابتاعها أو ورثها من أبيه]

فأما من استحق داراً بوراثة أو بغير وراثة من يد من ابتاعها أو ورثها من أبيه ، فإنما له الكراء من يوم استحق ، ولا كراء له فيما مضى إلا أن تكون الدار بيد غاصب .

[في الرجل يكتري الدار بثوب أو عبد أو نحاس أو حديد ثم يستحق ذلك]

ومن اكترى[1] أرضاً بعبد أو بثوب فاستحق ، أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان وزنه فاستحق ذلك ، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء ، وإن كان بعدما زرع أو أحدث فيها عملاً ، فعليه قيمة كراء الأرض .

[فيمن ابتاع طعاماً بعينه ففارق البائع قبل كيله فتعدى فباعه وكيف لو هلك]

ومن ابتاع من رجل طعاماً بعينه ، ففارقه قبل أن يكتاله ، فتعدى البائع على الطعام فباعه ، فعليه أن يأتي بطعام مثله ، ولا خيار للمبتاع في أخذ دنانيره .

ولو هلك الطعام بأمر من الله تعالى انتقض البيع ، وليس للبائع أن يأتي بطعام مثله ولا ذلك عليه .

[فيمن اكترى داراً سنة فاستحقت قبل تمام السنة أو يكريها فيهدمها ثم تستحق]

ومن اكترى داراً سنة من غير غاصب ، فلم ينقده الكراء حتى استحقت الدار في نصف السنة ، فكراء ما مضى للأول ، وللمستحق فسخ ما بقي أو الرضا به ، فيكون له بقية كراء السنة ، فإن أجاز الكراء ، فليس للمكتري أن يفسخ الكراء

---

(١) في ق : أكرى .

فراراً من عهدته إذ لا ضرر عليه ؛ لأنه يسكن ، فإن انهدمت[1] الدار أدى بحساب ما سكن .

ولو انتقد الأول كراء السنة كلها ، لدفع إلى المستحق حصة باقي المدة إن كان مأموناً ، ولم يخف من دين أحاط به ونحوه ، ولا يرد باقي الكراء على المكتري .

ومن اكترى داراً فهدمها تعدياً ثم قام مستحق ، فله أخذ النقض إن وجده ، وقيمة الهدم من الهادم ، ولو كان المكري قد ترك للمكتري قيمة الهدم قبل الاستحقاق لرجع بها المستحق على الهادم ، كان ملياً أو معدماً ؛ لأن ذلك لزم ذمته بالتعدي ، ولا يرجع على المكري ، إذ لم يتعد ، وفعل ما يجوز له ، وهو كمن ابتاع عبداً فسرقه منه رجل [ثم هلك بيده][2] فترك له قيمته ، ثم قام [مستحقه][3] ، فإنما يتبع السارق خاصة .

ولو باع النقض هادمه ، كان عليه للطالب إن شاء الثمن الذي قبض فيه أو قيمته .

ولو هدمها المكري ، لم يلزمه لربها قيمته ، وإنما له النقض بعينه إن وجده ، وإن بيع فله ثمنه .

[فيمن ابتاع داراً أو اكتراها أو ابتاع نخلاً فاستحق بعض ذلك]

ومن ابتاع داراً فاستحق منها بيتاً بعينه ، فإن كان اليسير من الدار[4] مثل دار

(١) في جميع النسخ عدا ق : فإن عطبت . والمثبت من ق ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٢) سقطت من ز و ك و هـ .

(٣) في ز و ك و هـ : ربه .

(٤) في ك : فإن كان أيسر الدار .

عظمى لا يضرها ذلك ، لزم البيع في بقيتها ، ورجع بحصة ما استحق منها . وكذلك النخل الكثيرة يستحق منها النخلات اليسيرة .

وأما إن استحق نصف الدار ، أو جلها ، أو دون النصف مما يضر بالمشتري ، فهو مخير في ردها كلها وأخذ الثمن ، أو التمسك بما لم يستحق منها بحصته من الثمن ، إن كان الذي استحق النصف رجع بنصف الثمن ، وإن كان الثلث رجع بثلث الثمن .

والذي يكتري داراً فيستحق منها شيء ، فهو مثل ما وصفنا في البيوع .

وقال غيره[1]: ليس الكراء كالشراء في هذا ، وليس للمكتري التماسك بما بقي إن استحق نصف الدار أو جلها ؛ لأن ما بقي مجهول .

[وقال سحنون : يعني إن اختلف قيمة كراء الشهور ، وأما إن لم يختلف فليس ذلك بمجهول][2].

[فيمن ابتاع أو ورث أو غصب داراً أو عبداً أو ثوباً فاستحق شيء من ذلك بعد أن استغله أو نقله عن ملكه]

ومن ابتاع داراً أو عبيداً من غاصب ولم يعلم ، فاستغلهم زماناً ثم استحقوا ،

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا في كتب المذهب ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم أن حكم الاستحقاق هنا في المبيع كحكمه في المكري ، ولعل قول الغير هنا ، كما قال سحنون فيما إذا اختلفت قيمة كراء الشهور ، وهو أمر نادر ، والغالب أن كراء الشهور قيمته واحدة ، وعلى الغالب جرى قول ابن القاسم ، وعلى النادر جرى قول الغير ، والحكم للغالب لا للنادر . انظر : التقييد (٣٧/٦)، منح الجليل (٤٠/٨ ـ ٤١) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ق . وقول سحنون هنا في غير المدونة. انظر : التقييد (٣٧/٦).

فالغلة للمبتاع بضمانه ، وكذلك إن ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه ، فاستغلهم ثم استحقوا ، فالغلة للوارث ، ولو وهب ذلك لأبيه رجل ، فإن علم أن الواهب لأبيه هو الذي غصب هذه الأشياء من المستحق ، أو من رجلٍ هذا المستحق وارثه ، فغلة ما مضى للمستحق ، فإن جهل أمر الواهب أغاصب هو أم لا ؟ فهو على الشراء حتى يعلم أنه غاصب .

ومن غصب داراً أو عبيداً فوهبهم لرجل فاغتلهم وأخذ كراهم ، ثم قام مستحق فإن كان الموهوب له عالماً بالغصب ، فللمستحق الرجوع بالغلة على أيهما شاء وإن لم يعلم الموهوب بالغصب ، فإن المستحق يرجع أولاً بالغلة على الغاصب ، فإن كان عديماً رجع بها على الموهوب .

وكذلك من غصب ثوباً أو طعاماً فوهبه لرجل فأكله ، أو لبس الثوب فأبلاه ، أو كانت دابة فباعها وأكل ثمنها ، ثم استحقت هذه الأشياء بعد فواتها بيد الموهوب ، فعلى ما ذكرنا

ولو أن الغاصب نفسه استغل العبد ، أو أخذ كراء الدار[1] ، لزمه أن يرد الغلة والكراء للمستحق .

ولو مات الغاصب وترك هذه الأشياء ميراثاً فاستغلها ولده ، كانت هذه الأشياء وغلتها للمستحق ، [ويرجع على الولد بما استغل أو استأجر][2].

[قال ابن القاسم :][3] والموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالاً

(١) في ق : الدابة .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ك و هـ .

(٣) سقطت من هـ .

من الوارث ، ألا ترى أن من ابتاع قمحاً فأكله ، أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها ، أو شاة فذبحها وأكل لحمها ، ثم استحق ذلك رجل أن له على المبتاع مثل طعامه ، أو قيمة ما لا مثل له من الثياب وغيرها ، ولا يضع ذلك عنه أنه[1] اشتراه ، فإن هلك ذلك بيد المبتاع بغير سببه وانتفاعه ، فإن لم يعلم بالغصب وقامت بهلاك ما يغاب عليه من ذلك بينة ، فلا شيء عليه ، ولا يضمن ما هلك من الحيوان ، أو الربع ، أو انهدم بغير سببه ، فكما كان المشتري حين أكل ولبس لم يضع عنه الاشتراء الضمان ، كان من وهبه غاصب ، فاستغل أحرى أن يرد ما استغل في عدم الواهب ؛ لأنه أخذ هذه الأشياء بغير ثمن .

ولو نزل عبد ببلد فادعى الحرية فاستعمله[2] رجل [في عمل][3] ، فعمل له عملاً له بال من بناء أو غيره بغير أجر ، أو وهبه مالاً ، فلربه إذا استحقه أخذ قيمة عمله ممن استعمله ، إلا أن يكون عملاً لا بال له كسقي الدابة ، ويأخذ من [ذلك][4] الموهوب ما وهب له ، وما أكله الموهوب ، أو باعه فأخذ ثمنه فعليه غرمه ، وما هلك من ذلك بيد الموهوب بغير سببه[5] ، فلا شيء له عليه بخلاف الغاصب ؛ لأن الغاصب لو هلكت هذه الأشياء عنده بغير سببه ضمنها ، ولو اغتلها رد الغلة ، والموهوب لو اغتلها ولم يعلم بالغصب ، لم يلزمه رد الغلة إلا في عدم الواهب .

---

(١) في ق : لأنه .

(٢) في ز و ك و هـ : فاستعانه .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٤) سقطت من ك و هـ و ز .

(٥) في هـ : ببينة .

ولو هلكت عنده بغير سببه[1] لم يضمن ؛ لأنه لم يتعد إلا أن يغتلها وقد علم بالغصب ، فيصير كالغاصب سواء .

ومن ابتاع من غاصب - ولم يعلم - دوراً ، أو أرضين ، أو ثياباً ، أو حيواناً ، أو ماله غلة ، أو نخلاً ، فأثمرت عنده ، فالغلة والثمرة للمبتاع بضمانه إلى يوم يستحقها ربها ، ولو كان الغاصب إنما وهبه ذلك لرجع المستحق بالغلة على الموهوب في عدم الغاصب ؛ لأن الموهوب لم يضمن في ذلك ثمناً أداه ، ويكون للموهوب من الغلة قيمة عمله وعلاجه .

[فيمن ابتاع سلعة بدنانير فيها دراهم ثم استحقت أو ردها بعيب]

ومن ابتاع سلعة بدنانير فدفع فيها دراهم ، ثم استحقت السلعة أو ردها بعيب ، فإنما يرجع بما دفع من العين بعضه عن بعض ، ولو دفع في الدنانير عرضاً لم يرجع على البائع إلا بالدنانير ، ولو استحق هذا العرض من يد البائع رجع على المبتاع بالدنانير ؛ لأن أخذه لهذا العرض لم يكن ثمناً للسلعة التي باع ، وإنما هي صفقة ثانية ، كما لو قبض الدنانير من المبتاع ثم ابتاع بها منه سلعة أخرى فاستحقت من يده فإنما يرجع عليه بالدنانير .

[في الذي يبتاع الأمة فيطؤها ثم تستحق ، وحكم ولدها والجناية عليها وعلى ولدها]

ومن ابتاع أمة فوطئها وهي ثيب ، أو بكر فافتضها ، ثم استحقت بملك أو حرية ، فلا شيء عليه للوطء ، ولا صداق ولا ما نقصها ، فإن أولدها المبتاع فلمستحقها بالملك أخذها إن شاء مع قيمة ولدها يوم الحكم عبيداً ، وعلى هذا جماعة

---

(١) في هـ : ببينة .

الناس ، وقاله مالك ، وأخذ به ابن القاسم ثم رجع عنه مالك[1] فقال : يأخذ قيمتها ؛ لأن في ذلك ضرراً على المبتاع ، ويأخذ قيمة الولد أيضاً [يومئذ][2] ، فإن أُخذت الأمة من المبتاع على أحد قولي مالك[3] رجع بالثمن على بائعه ، ولا يرجع بما أدى من قيمة الولد ، كما لو باع من رجل عبداً سارقاً ودلس له به فسرق متاعه ، لم يضمن البائع ذلك ، فإن أخذ منه المستحق الأمة وألفاه عديماً أتبعه بقيمة الولد ديناً ، وإن كان الولد ملياً أدى القيمة ، ثم لا يرجع بها على أبيه إن أيسر ، وإن كانا مليين فذلك على الأب ، ولا يرجع به الأب على الولد ، وإن كانا عديمين أتبع أولهما يسراً ، [4]ولا يؤخذ من الابن قيمة الأم[5] في عدم الأب أو يسره[6] ،

---

(١) والذي رجع إليه مالك هو المشهور المعتمد في المذهب ، وهو أنه ليس له إلا قيمتها وقيمة ولدها يوم الحكم له باستحقاقها ، وليس له أن يأخذها إن شاء ، كما نسب المصنف لابن القاسم وجماعة الناس ، وإلى القول المشهور الذي رجع إليه مالك أشار خليل بقوله : « وضَمِنَ قيمة المستحقة وولدها يوم الحكم » ، قال الدسوقي : واعلم أن ما ذكره المصنف من تعيين ضمان القيمتين وأن القيمة تعتبر يوم الحكم ، هو المشهور ، وهو الذي رجع إليه مالك . وقد ذكر ابن حبيب وعياض أن الإمام مالك رجع عن هذين القولين معاً إلى قول ثالث ، وهو أن عليه قيمتها هي فقط دون ولدها ؛ لأنه تخلق على الحرية ، وبه أفتي لما استحقت أم ولده محمد ، وبه أخذ ابن الماجشون وغيره ، قال ابن رشد : وبه أقول . انظر : مختصر خليل (١١٣) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٦٧) ، منح الجليل (٧/١٦٩) ، التقييد (٦/٣٩) .

(٢) سقطت من ق و هـ .

(٣) وهو قوله الأول المرجوع عنه .

(٤) في ق : قال ابن القاسم .

(٥) في هـ : أمه .

(٦) في ك و هـ و ز : في ملاء الأب أو عدمه .

[وقال غيره[(١)]: لا شيء على الابن من قيمة نفسه في عدم الأب أو يسره][(٢)].

قال ابن القاسم : وليس للمستحق فيمن مات من الولد قيمة ، وولدها لاحق النسب ، له حكم الحر في النفس وفي الجراح وفي الغرة قبل الاستحقاق أو بعده ، ولا يضع القصاص عن القاتل استحقاق هذه الأمة ؛ لأنه حر ، ومن قتل من الولد خطأ فديته كاملة للأب ، وعليه لسيد الأمة الأقل من قيمة الولد يوم القتل[(٣)] عبداً ، أو ما أخذ من ديته ، وإن قتل عمداً فاقتص الأب من قاتله ، لم يكن على الأب فيهم قيمة ، ويغرم قيمة الولد الحي وإن جاوزت الدية .

ولو قطعت يد الولد خطأ فأخذ الأب ديتها ثم استحقت أمه ، فعلى الأب للمستحق قيمة الولد أقطع اليد يوم الحكم فيه ، وينظر كم قيمة الولد صحيحاً وقيمته أقطع اليد يوم جني عليه ، فيغرم الأب الأقل مما بين القيمتين أو ما قبض في دية اليد ، فإن كان ما بين القيمتين أقل ، كان ما فضل من دية اليد للأب .

ولو ضرب رجل بطن هذه الأمة وهي حامل من سيدها فألقت جنيناً ميتاً ، فللأب عليه غرة [عبد أو وليدة][(٤)] كالحر ، ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك أو من

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم أنه إن كان الولد ملياً وأبوه معدماً ، كان أداء القيمة على الولد ، قال الزرويلي : وقول ابن القاسم أصوب ، لأن الولد هو المفدى ، وإن كان الأب فقيراً لم يبطل حق المستحق ، ولو قيل : إن ذلك على الابن ابتداءً لكان له وجه . انظر : منح الجليل (١٦٩/٧) ، التقييد (٣٩/٦) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٣) في هـ : يوم الحكم .

(٤) سقط من ق و هـ .

عشر قيمة أمه يوم ضرب بطنها ، وليس على المبتاع ما نقصتها الولادة ؛ لأنها لو ماتت لم تلزمه قيمتها ؛ لأنه مبتاع . وقد تقدم في كتاب الغصب[1] ذكر[2] الأمة تلد من الغاصب ، وفي كتاب النكاح[3] ذكر الأمة تزوج نفسها أو يزوجها أجنبي على أنها حرة .

[فيمن بنى داره مسجداً ثم استحق أو ابتاع ثياباً كثيرة أو صالح بها ثم استحق بعضها]

ومن بنى داره مسجداً ثم استحقها رجل ، فله هدمه ، كمن ابتاع عبداً فأعتقه ثم استحق ، فلربه رد العتق .

ومن ابتاع[4] ثياباً كثيرة ، أو صالح بها من دعواه ، فاستحق بعضها أو وجد بها عيباً قبل قبضها أو بعد ، فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن فقط ، وإن كان وجه الصفقة ، انتقض ذلك كله ورد ما بقي ، ثم لا يجوز أن يتماسك بما[5] بقي بحصته[6] من الثمن وإن رضي البائع ، إذ لا يعرف حتى يقوّم وقد وجب الرد ، فصار بيعاً مؤتنفاً بثمن مجهول ، ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً ، فإن استحق القليل [منه][7] رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي ، وإن كان كثيراً فهو مخير في أن

---

(١) تقدم كتاب الغصب في هذا الجزء ، وهو الذي قبل هذا الكتاب ، وانظر المسألة في (ص ٨٧).

(٢) في هـ : حكم .

(٣) تقدم كتاب النكاح في الجزء الثاني ، وانظر المسألة في (ص ١٧٢) .

(٤) في ك : ومن باع .

(٥) في ق : فيما .

(٦) في ق : من حصته .

(٧) سقطت من ك و ز .

يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده ، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم ؛ لأن حصته من الثمن [معلومة قبل الرضا به ، ومن ابتاع سلعاً كثيرة في صفقة واحدة ، فإنما يقع لكل سلعة منها حصتها من الثمن][1] يوم وقعت الصفقة .

[فيمن ابتاع أشياءَ مختلفة الأجناس في صفقة على أن لكل فرد من أفراد المبيع حصة من الثمن ثم استحق بعض ذلك]

ومن ابتاع صبرة قمح وصبرة شعير جزافاً في صفقة بمائة دينار ، على أن لكل صبرة خمسين ديناراً ، أو ثياباً أو رقيقاً ، على أن لكل عبد أو ثوب من الثمن كذا وكذا ، فاستحقت إحدى الصبرتين أو أحد العبيد[2] أو الثياب ، فإن الثمن ينقسم على جميع الصفقة ، فما أصاب الذي استحق من الثمن وضع عن المبتاع ، ولا ينظر إلى ما سميا من الثمن .

ولو اشترى صبرة القمح وصبرة الشعير على الكيل ، على أن كل قفيز بدينار لم يجز البيع .

ومن ابتاع عبدين في صفقة ، فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل ، فإن كان وجه الصفقة ، فله رد الباقي ، وإن لم يكن وجهها لزمه الباقي بحصته من الثمن[3] ، وإنما يقوّم المستحق قيمته أن لو كان عبداً ، وكذلك لو كان المستحق مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) في هـ : العبدين .

(٣) في هـ : بعد التقويم .

[فيمن صالح على شيء أو تزوج عليه ثم استحق ، وما يجب فيه إن فات]

ومن ادعى شيئاً بيد رجل ، ثم اصطلحا على الإقرار على عرض ، فاستحق ما أخذ المدعي ، فليرجع على صاحبه ويأخذ منه ما أقر له به إن لم يفت ، فإن فات بتغير سوق أو بدن ، وهو عرض أو حيوان أخذ قيمته ، وإن[1] كان الصلح على الإنكار فاستحق ما بيد المدعى عليه ، فليرجع بما دفع إن لم يفت ، فإن فات بتغير سوق أو بدن ، رجع بقيمته .

ومن كان له على رجل مائتان ، فصالحه على أن يترك له مائة ، وعلى أن يأخذ منه بالمائة الباقية عبده ميموناً ، فذلك جائز ، وإن استحق العبد فإنه يرجع بالمائتين ؛ لأنه من باع سلعة بثمن سماه ، على أن يأخذ بذلك الثمن سلعة بعينها نقداً أو مضمونة مؤجلة ، فإنما وقع البيع بتلك السلعة ، ولا ينظر إلى اللفظ ، ولكن إلى ما انعقد [من][2] الفعل .

ومن صالح من دم عمد وجب له على رجل بعبد ، جاز ذلك[3] ، فإن استحق العبد رجع بقيمته ولا سبيل إلى القتل .

وكذلك من نكح بعبد فاستحق ، أو وجدت به المرأة عيباً ، فإنها ترده وترجع على الزوج بقيمة العبد وتبقى زوجة له على حالها ، والخلع بهذه المنزلة .

[في الذي يصالح على عبد بعبد أو يبيع عبداً بعبد ثم يُستحق أحد العبدين]

ومن اشترى عبداً فأصاب به عيباً ، فصالحه البائع من العيب على عبد آخر دفعه

---

(١) في ك : إن .

(٢) سقطت من ق ، وفي هـ : عليه .

(٣) في ق و هـ : وجب له على عبد جاز ذلك .

إليه ، جاز ذلك ، وكأنهما في صفقة [واحدة][1] ، فإن استحق أحدهما فليفضّ الثمن عليهما ، وينظر هل هو وجه الصفقة [أم لا][2] على ما ذكرنا .

ومن باع عبداً بعبد فاستحق أحدهما من يد مبتاعه أو رده بعيب ، فإنه يرجع في عبده الذي أعطى فيأخذه إن وجده ، وإن فات بتغير سوق أو بدن ، لم يكن له إلا قيمته يوم الصفقة ، ولا يجتمع لأحد في مثل هذا خيار في أخذ سلعته أو تضمينها .

[فيمن باع عبداً بثوب أو ابتاع جارية بعبد فاستحق شيئاً من ذلك أو فاتت]

وإن بعت عبداً بثوب فاستحق الثوب وقد عتق العبد ، فإنك ترجع بقيمة العبد ، وإن ابتعت جارية بعبد فحال سوقها عندك أو ولدت أولاداً ، ثم استحق [العبد][3] بملك أو حرية ، فإنما عليك قيمة الجارية يوم الصفقة .

وكذلك إن زوجت الأمة ثم استحق العبد أو وجد به عيب ، فذلك في الجارية فوت أخذت لها مهراً أو لم تأخذ ، وعليك قيمتها يوم الصفقة ؛ لأن التزويج عيب .

وقد قال مالك ـ رحمه الله ـ : إن التزويج ينقصها وإن كانت وخشاً[4] ، ولا يردها مبتاعها بعيب إذا زوجها إلا ومعها ما نقصها .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ك و ز و هـ .

(٣) سقطت من ك و ز .

(٤) أي دنيئة ـ كما تقدم ـ .

[فيمن كاتب عبده أو أعتقه على شيء فعتق العبد ثم استحق ذلك الشيء]

ومن كاتب عبده على عرض موصوف ، أو حيوان ، أو طعام ، فقبضه وعتق العبد ثم استحق ما دفع العبد من ذلك ، [قال :][1] فأحب إليّ[2] أن لا يرد العتق[3] ، ولكن يرجع عليه بمثل ذلك ، فإن أعتقه على شيء مما ذكرنا بعينه وهو عبد غير مكاتب ، ثم استحق ذلك ، فالعتق ماض ولا يرد ، وكأنه انتزعه منه ثم أعتقه .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) اختلف في قوله : « فأحب إلي » هنا ، هل هي على الوجوب أم على الاستحباب ، والذي عليه المحققون من أهل المذهب أنها على الوجوب إن كان المكاتب قد تقدمت له شبهة ملك في المال المستحق ، أوله مال في الحال ، أي أن الواجب أن يبقى المكاتب معتقاً ولا يرد إلى الرق إن كان المال الذي دفعه للكتابة فاستحق ، قد تقدمت له فيه شبهة ملك ، ويتبعه السيد بذلك المال ديناً فيه إن لم يكن له مال في الحال أو يدفعه إليه إن كان له مال في الحال .

وأما إن كان المكاتب لم تتقدم له شبهة ملك في المال المستحق ولا مال له الآن يدفعه مكانه ، فإنه يرجع إلى الرق ، بمعنى أنه يرجع إلى الكتابة وتكون « أحب » هنا على بابها ، أي : ويستحب للسيد أن يمضي عتقه ويتبعه بعوض الكتابة ولا يعيده إلى الرق مرة أخرى ، ولكن لا يجب عليه ذلك . وهذا ما صرح به ابن القاسم في كتاب المكاتب ـ كما تقدم ـ حيث قال : « وإن غر سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رُدّ عتقه ، وإن تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه وأتبع بقيمة ذلك ديناً » ، وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله : « وإن وجد العوض معيباً أو استحق موصوفاً كمعين وإن بشبهة إن لم يكن له مال » . انظر : مواهب الجليل (٦/٣٤٩ ـ ٣٥٠) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/٤٠٠ ـ ٤٠١) ، منح الجليل (٩/٤٦٠ومابعدها) ، وانظر كتاب المكاتب في (٢/٥٦٠) من هذا الكتاب .

(٣) في ق : العبد .

[فيمن وهب هبة بعوض فاستحق العوض]

ومن وهب لرجل هبة فعوضه فاستحق العوض ، فإنه يرجع في هبته إن كانت قائمة ، إلا أن يعوضه قيمتها فيلزمه ، وليس للواهب قيمة العوض وإن كان أكثر من الهبة ؛ لأن الذي زاده أولاً في عوضه على قيمة هبته إنما كان تطولاً ، وإن استحقت الهبة رجع في العوض إلا أن يفوت في بدن [أو تغير][1] سوق ، فيأخذ قيمته .

[فيمن باع جارية بعبد فأعتقه ثم استحق بعض الجارية قبل حوالة السوق]

ومن باع جارية بعبد فقبضه ثم أعتقه ، ثم استحق نصف الجارية قبل حوالة سوق[2] ، فلمبتاعها حبس نصفها الباقي والرجوع بنصف قيمة عبده ، أو رد باقيها وأخذ قيمة[3] عبده لفوته بالعتق ، وكذلك إن كان الغلام هو الذي استحق نصفه والجارية هي المعتقة على ما ذكرنا .

[في الرجل يوصي بحج أو غيره فتنفذ وصاياه ثم تستحق رقبته]

ومن أوصى بحج أو غيره ، ثم مات فبيعت تركته وأنفذت وصيته ، ثم استحقت رقبته ، فإن كان معروفاً بالحرية ، لم يضمن الوصي ولا متولي الحج شيئاً ، ويأخذ السيد ما كان قائماً من التركة لم يُبع ، وما بيع وهو قائم بيد مبتاعه ، فلا يأخذه السيد إلا بالثمن ويرجع بذلك الثمن على البائع .

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) في هـ : سوقها .

(٣) في ق : جميع قيمة جميع عبده .

[في الذي تشهد بينة على موته فتباع تركته وتنكح زوجته ثم يظهر حياً]

وكذلك قال مالك ـ رحمه الله ـ فيمن شهدت بينة بموته[1] ، فبيعت تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حياً ، فإن كان الشهود عدولاً وذكروا ما يعذرون به في دفع[2] تعمد الكذب ، مثل أن يروه في معركة القتل فظنوا أنه ميت ، أو طعن فلم يتبين لهم أن به حياة ، أو شهدوا على شهادة غيرهم ، فهذا ترد إليه زوجته وليس له من متاعه إلا ما وجده لم يبع ، وما بيع فهو أحق به بالثمن إن وجده قائماً لم يتغير عن حاله .

قال ابن القاسم : والذي أراد مالك تغير البدن[3] وليس له أخذ ذلك حتى يدفع الثمن إلى من ابتاعه ، وما وجده قد فاتت عينه عند مبتاعه ، أو تغير عن حاله في بدنه ، أو فات بعتق ، أو تدبير ، أو كتابة ، أو أمة تحمل من السيد ، أو صغير يكبر ، فإنما له الرجوع بالثمن على من باع ذلك كله ، فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم ، فذلك كتعمدهم للزور ، فيأخذ متاعه حيث وجده إن شاء بالثمن الذي بيع به وترد إليه زوجته ، وله أخذ ما أُعتق من عبد ، أو كوتب ، أو دُبر ، أو صغير كبر ، أو أمة اتخذت أم ولد ، فيأخذها وقيمة ولدها من المبتاع يوم الحكم[4] ، كالمغصوبة يجدها بيد مشتر .

---

(١) هذه المسألة ـ كما هو ظاهر من السياق ـ سيقت للاستدلال بها على المسألة التي قبلها بقياسها عليها . انظر : المدونة (٥/٣٩٣) .

(٢) في ق : رفع .

(٣) أي وليس التغير بحوالة السوق .

(٤) هذا على قول مالك الأول الذي اختاره ابن القاسم ، وقد بينا فيما سبق أن المشهور والمعتمد في المذهب قول مالك الثاني الذي رجع إليه ، وهو أن أم الولد المستحقة إنما لمستحقها قيمتها وولدها وليس له أخذها هي ولا ولدها . وانظر (ص ١١٢) من هذا الجزء .

[فيمن أسلم في طعام أو عروض أو حيوان أو ابتاعه إلى أجل فاستحق المسلم أو المسلم فيه أو المبيع]

وإن أسلمت دنانير في طعام أو غيره ، فاستحقت بيد المسلم إليه قبل أن تقبض ما سلمت فيه أو بعد [ذلك][1] ، فالسلم تام وعليك مثلها ، وكذلك الدراهم والفلوس ، وكذلك في البيع الناجز[2] .

ولو أسلمت عرضاً ، أو حيواناً ، أو رقيقاً ، أو شيئاً مما يكال أو يوزن ، من طعام أو عرض فيما يجوز أن تسلمه فيه ، فاستحق ما دفعت ، أو وجد به عيباً[3] [يرده][4] به ، فرده قبل أن تقبض ما أسلمت فيه أو بعد قبضه ، فالسلم ينتقض .

وكذلك ينتقض البيع الناجز ، وترد ما قبضت إن كان قائماً أو مثله إن كنت استهلكته .

ومن أسلف في طعام مضمون فلما قبضه استحق من يده ، فإنه يرجع بمثله ولا ينتقض السلف .

ومن ابتاع طعاماً كيلاً أو وزناً فتلف قبل أن يقبضه ، انتقض البيع ، وليس على البائع أن يأتي بمثله .

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) في ك : التأخير .

(٣) في هـ : عيب .

(٤) سقطت من هـ .

[فيمن ابتاع سلعة على أن يهبه البائع أو يتصدق عليه فاستحقت السلعة أو فاتت الهبة]

ومن ابتاع سلعة على أن يهبه البائع ، أو يتصدق عليه ، فإن كان شيئاً معلوماً ، جاز ذلك ، فإن استحقت السلعة وفاتت الهبة فإن الثمن يفض على قيمتها من قيمة الهبة ، فيرجع من الثمن بحصة السلعة .

[في استحقاق رأس مال السلم أو المسلم فيه وما يفسخ من ذلك]

ومن قال لرجل : أبيعك عبدي هذا بخمسة أثواب موصوفة إلى أجل ، فالعبد رأس المال ، ولو قال : أشتري منك عبدك هذا بعشرة أثواب [موصوفة][1] إلى أجل ، فالعبد رأس المال ، فإن استحق العبد بطل السلم .

[2] ومن أسلم ثوباً في عشرة أرادب حنطة إلى أجل ، وفي عشرة دراهم إلى أجل أبعد منه ، جاز ذلك ، فإن استحق نصف الثوب قبل أن يدفعه أو بعد ، فالمسلم إليه يخير في رد باقي الثوب وينتقض السلم ، أو التماسك بنصفه ، ويلزمه نصف الطعام ونصف الدراهم ؛ لأن من ابتاع عبداً أو ثوباً بثمن فاستحق نصف ذلك ، خير المبتاع في رد باقيه أو يتماسك به ويرجع على البائع بنصف الثمن وإن كره .

ومن أسلم ثوبين في فرس موصوف ، فاستحق أحدهما ، فإن كان وجه الثوبين بطل السلم ، وإن كان الأدنى رده ورجع بقيمته[3] وثبت السلم ، وهذا وما بيع يداً بيد سواء ، ما يفسخ في بيع يد بيد يفسخ في السلم .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في هـ : قال ابن القاسم .

(٣) في ز و ك و هـ : وإن كان الأدنى كان عليه قيمة ما استحق .

وما أسلمت فيه من الحيوان إلى أجل فقبضته ، ثم استحق ، فإنك ترجع بمثله في صفته التي شرطت ، ولا تنظر زاد عندك أم نقص .

ومسألة من ابتاع[1] إناء فضة بدراهم فاستحقت ، مذكورة في كتاب الصرف[2] ، وفيه مسألة الخلخالين موعبة . والله الموفق .

* * *

(١) في ق : باع .

(٢) تقدم كتاب الصرف في الجزء الثالث .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الشُّفْعَة[1] ﴾

[في الشفعة للذمي]

قال : وإذا كانت دار بين مسلم وذمي ، فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي ، فلشريكه الذمي الشفعة كما لو كان مسلماً ، ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما ، لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا .

[في تشافع أهل السهام]

ومن هلك وترك ثلاثة بنين : اثنان شقيقان والآخر[2] لأب ، وترك بينهم داراً ، فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسم فالشفعة بين الشقيقين والأخ للأب[3] سواء ؛ إذ بالبنوة ورثوا ، ولا ينظر إلى الأقعد بالبائع .

---

(١) الشفعة قيل : إنها مشتقة من الشفع ؛ لأن فيها يأخذ الشفيع حصة أخرى على حصته فتشفعها له ، وقال ابن رشد : إن الأصل في تسميتها بذلك أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع إليه أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه ، فسمي ذلك شفعة ، والآخذ شفيعاً والمأخوذ منه مشفوعاً عليه . والشفعة في عرف الفقهاء عرفها ابن عرفة بأنها : « استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه » . وعرفها ابن الحاجب بأنها أخذ الشريك حصة جبراً شراء . انظر : المقدمات (٦١/٣)، شرح حدود ابن عرفة (٥٠١)، منح الجليل (١٨٧/٧)، جامع الأمهات (٤٧٦) .

(٢) في هـ : اثنين شقيقين وآخر لأب .

(٣) في جميع النسخ عدا ق : بين الأخ الشقيق والأخ لأب .

ولو ولد لأحدهم أولاد ثم مات ، فباع بعض ولده حصته ، فبقية ولده أشفع من أعمامهم[1] ؛ لأنهم أهل مورث ثان ، فإن سلّموا[2] فالشفعة لأعمامهم . وإن باع أحد الأعمام ، فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم لدخولهم مدخل أبيهم .

وإن ترك ابنتين وعصبة ، فباعت إحدى الابنتين ، فأختها أحق[3] من العصبة ؛ لأنهما أهل سهم واحد ، فإن سلّمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك .

ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة والبنات ، وكذلك الأخوات مع البنات [حكمهن][4] حكم العصبة[5] ؛ لأن العصبة ليس لهم فرائض مسماة .

ولو ترك داراً بينه وبين رجل وورثته عصبة فباع أحدهم حصته قبل القسمة ، فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي ؛ لأنهم أهل مورثه[6] ، [فإن سلّموا فللشريك الآخذ][7] .

وإن ترك أختاً شقيقة وأختين لأب ، فأخذت الشقيقة النصف وأخذ الأختان للأب السدس تكملة الثلثين ، فباعت إحدى الأخوات للأب ، فالشفعة بين الأخت الأخرى للأب وبين الشقيقة ، إذ هن أهل سهم .

---

(١) في ك : فلبقية ولده الشفعة دون أعمامهم .

(٢) أي سلموها ولم يأخذوا بها ، وإنما تركوها لأعمامهم . انظر : المدونة (٥/٤٠١) .

(٣) في ز و هـ : أشفع .

(٤) سقطت من ق و ز و هـ .

(٥) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : إذ لا فرض لهن مسمى ، وافترق حكم العصبة من السهام .

(٦) في ك : مورث .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

وإذا ورثت الجدتان السدس ، فباعت إحداهما ، فالشفعة [أيضاً][1] لصاحبتها دون ورثة الميت ؛ لأنهما أهل سهم واحد .

ولا يرث عند مالك من الجدات[2] أكثر من جدتين ، وكذلك الإخوة للأم إذا ورثوا الثلث ، فباع أحدهم حصته من الدار ، فالشفعة لبقيتهم دون غيرهم من الورثة ؛ لأنهم أهل سهم .

[في اقتسام الشفعة]

وإذا وجبت الشفعة للشركاء ، قسمت بينهم على قدر أنصبائهم لا على عددهم .

وإذا اقتسم قوم داراً وتركوا الساحة لم يقتسموها ، فباع أحدهم ما صار له من الدار ، فلا شفعة بينهم ، وإن كانت الساحة واسعة وأرادوا قسمتها ليحوز[3] كل إنسان حصته[4] إلى منزله فيرتفق[5] به ، فإن لم يكن ضرر ، فلا بأس به .

[ما لا تقع فيه الشفعة]

ولا شفعة بالجوار[6] والملاصقة في سكة أو غيرها ، ولا بالشركة في الطريق .

ومن له طريق في دار رجل فبيعت الدار ، فلا شفعة له فيها ، ولا شفعة في شيء

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) في ك و ز : أحد من الجدات .

(٣) في ق و ك : ليختار . وفي ز : ليحيز . والمثبت من هـ .

(٤) في ق و ك : نصيبه .

(٥) فيرتفق به أي : يتخذه مرافق لداره ، وهي مصاب الماء ونحوها . انظر : القاموس (ص ٨٨٦) .

(٦) في ز : بالجدار .

سوى الدور ، والأرضين ، والنخل ، والشجر ، وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة . ولا شفعة في دين ، ولا حيوان ، ولا سفن ، ولا بز ، ولا طعام ، ولا عرض ، ولا غيره مما ينقسم أو لا ينقسم .

[الشفعة في الحبس والنقض]

وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد أحد[1] ورثته بيع نصيبه من البناء ، فللآخرين[2] فيه الشفعة ، واستحسنه مالك وقال : ما سمعت فيه شيئاً[3] .

ومن بنى في عرصة[4] رجل بإذنه ثم أراد الخروج منها ، فلرب العرصة أن يعطيه قيمة النقض[5] أو يأمره بقلعه . وإن بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ، ثم باع أحدهما حصته من النقض ، فلرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمته ، أو من الثمن الذي باعه به ، فإن أبى فللشريك الشفعة للضرر ، والضرر أصل الشفعة .

---

(١) في ك : فاراد بعض . وسقطت « أحد » من هـ و ز .

(٢) في ز و ق و ك : فلأخوته .

(٣) قوله : « استحسنه مالك وقال ما سمعت فيه شيئاً » أي : ما سمع فيه قولاً لمن سبقه ، وإنما قال فيه باجتهاده ، ومن هنا أخذ المالكية نسبة الاستدلال بالاستحسان لمالك ، قال ابن الأبياري : الاستحسان : هو الاستدلال المرسل ، وكل ما قاله مالك لم يقل فيه برأيه إلا في أربع مسائل أحدها هذه : أن الشفعة في الأنقاض . والثانية : الشفعة في الثمرة . والثالثة : القصاص بالشاهد واليمين . والرابعة : أن في كل أنملة من الإبهامين خمس من الإبل . انظر : التقييد (٦/٥١) .

(٤) عرصة الدار ، وساحتها ، وفنائها بمعنىً واحد .

(٥) في ز : النقص .

[في شفعة الصغير ومن له القيام بها]

وللصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه ، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له .

ولو كان له جد لم يأخذه له ، ولكن يرفع ذلك إلى الإمام ، وإن لم يكن له أب ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه ، فهو على شفعته إذا بلغ .

ولو سلّم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي ، لزمه ذلك ، ولا قيام له إن كبر .

فإن كان له أب ، فلم يأخذ له بالشفعة ولم يترك ، حتى بلغ الصبي ، وقد مضى لذلك عشر سنين ، فلا شفعة للصبي ؛ لأن والده بمنزلته ، ألا ترى أن الصغير[1] لو بلغ فترك أخذ شفعته عشر سنين ، كان ذلك قطعاً لشفعته .

[في أجل الشفعة للحاضر والغائب]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : والشفيع على شفعته حتى يترك[2]، أو يأتي من طول الزمان ما يُعلم أنه تارك لشفعته ، وإذا علم بالاشتراء ، فلم يطلب شفعته[3] سنة ، فلا يقطع ذلك شفعته ، وإن كان قد كتب شهادته في الاشتراء[4]، ولم ير مالك التسعة[5] الأشهر ولا السنة بكثير[6]، إلا أنه إذا تباعد

---

(١) في ز : الصبي .

(٢) في ك : يتم .

(٣) في ق : لشفاعته . وفي ز : لشفعته .

(٤) فيي ق تكررت العبارة من أول قوله : « قال مالك » إلى هنا ، وفي بعض الألفاظ اختلاف يسير.

(٥) في ز : الشفعة . .

(٦) في ك : كثيراً . وفي ز : فكثير .

هكذا يحلف : ما كان وقوفه تركاً لشفعته ، وإذا جاوز السنة بما يعد به تاركاً ، فلا شفعة له .

وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه ، فهو كالحاضر مع الدار [الحاضرة][1] فيما تنقطع إليه الشفعة .

ولا حجة للشفيع أنه لا ينقد[2] حتى يقبضها ، لجواز النقد في الرَّبع الغائب .

والغائب على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء ، وإن لم يعلم ، فذلك أحرى ولو كان حاضراً .

ومن اشترى داراً وشفيعها حاضر ، ثم سافر الشفيع بحدثان الشراء ، فأقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب الشفعة ، فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقطع في مثله شفعة الحاضر فجاوزه ، فلا شفعة له ، وإن كان سفراً يؤوب منه قبل ذلك فعاقه أمر يعذر به فتخلف له ، فهو على شفعته ويحلف بالله ما كان تاركاً لشفعته ، أشهد[3] عند خروجه أنه على شفعته أم لا .

وإذا اكترى الشفيع الشقص من المبتاع ، أو ساومه ليشتريه[4] ، أو ساقاه في النخل فذلك قطع للشفعة .

[في اختلاف الشفيع والمبتاع في الثمن]

وإذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن ، صدق المبتاع ؛ لأنه مدعىً عليه ، إلا أن

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) في ز و ك : ينفذ .

(٣) في ك : تاركاً لها عند .

(٤) في ك : ليشتري به .

يأتي بما لا يشبه[1] مما لا يتغابن الناس بمثله ، فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاصقة بداره فيثمنه ، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه ، وإن أقاما بينة وتكافأت في العدالة كانا كمن لا بينة لهما ويصدق المبتاع ؛ لأن الدار في يده ، وعهدة الشفيع على المبتاع خاصة ، وإليه يدفع الثمن ، كان بائعه قد قبض الثمن أم لا .

ولو غاب المبتاع قبل أن ينقد الثمن ولم يقبض الدار ، نظر الإمام في ذلك .

وللبائع له منع الشقص حتى يقبض الثمن ، فإن شاء الشفيع أن ينقده [الثمن][2] ، فذلك له ، ويقبض الشقص وعهدته على المبتاع ؛ لأنه عنه أدى .

وإن كان على مبتاع الشقص دين ، فلم يقبض الشقص ولا دفع الثمن حتى قام غرماؤه وقام الشفيع ، قيل للشفيع : ادفع الثمن إلى البائع قضاء عن المبتاع واقبض الدار ولا شيء للغرماء ؛ لأن للبائع[3] منع الشقص حتى يقبض الثمن ، ولأن الشفيع لو سلمها بيعت الدار ، فأعطى[4] البائع الثمن الذي باع به ، وكان أحق به الغرماء ، إلا أن يقوم غرماء المبتاع فيفلسوه ، فيكون البائع أولى بداره ، إلا أن يضمن له الغرماء الثمن ، ويقضى للشفيع بالشفعة في غيبة المبتاع كالقضاء عليه به حاضراً[5] ، ويكون على حجته .

---

(١) في ز : بما لا يشبه وإن أقاما بينة مما .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) في ق : ولأن البائع .

(٤) في ك و هـ : بيعت الدار ولا شيء للغرماء وأعطى .

(٥) في هـ : وهو حاضر ، وسقطت الكلمتان من ك .

ومن ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل ، فللشفيع أخذه بالثمن[1] إلى ذلك الأجل إن كان ملياً أو أتى بضامن ثقة مليء .

وإن قال البائع للمبتاع : أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى الأجل ، لم يجز ؛ لأنه فسخ ما لم يحل من دينه ، في شيء[2] [لم يتعجله ، فصار ديناً في دين][3] .

وإن عجل الشفيع الثمن ، فللمبتاع قبضه ، ثم ليس عليه أن يعجله للبائع ، وليس للبائع أن يمنعه من قبض الدار .

[في اشتراك الشفعاء في الشفعة]

ومن ابتاع شقصاً من دار لها[4] شفيعان ، فسلم أحدهما ، فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته إذا أبى عليه المبتاع ، فإما أخذ الجميع أو ترك ، وإن شاء هذا القائم أخذ الجميع ، فليس للمبتاع أن يقول : لا تأخذ إلا بقدر حصتك .

ومن ابتاع شقصاً من دارين في صفقة واحدة ، وشفيع كل دار على حدة فسلم أحدهما ، فللآخر أن يأخذ شفعته في التي هو شفيعها دون الأخرى .

ولو اشترى ثلاثة أشقاص من دار ، أو من دور في بلد ، أو في بلدان من رجل ، أو رجال وذلك في صفقة واحدة وشفيع ذلك كله واحد ، فليس له أن يأخذ [إلا][5] الجميع أو يسلم .

---

(١) في هـ : أخذه بذلك الثمن .

(٢) في ك و هـ : في دين .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٤) في ق و ز و هـ : له .

(٥) سقطت من ك .

وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته في نخل ، ومن آخر حصته في قرية ، ومن آخر في دار ، في صفقة واحدة ، أو كان بائع ذلك كله واحد ، أو شفيع ذلك كله واحد ، فإما أخذ الجميع أو سلم .

ولو ابتاع ثلاثة ما ذكرنا[1] من واحد ، أو من ثلاثة في صفقة[2] ، والشفيع واحد ، فليس له أن يأخذ من أحدهم دون الآخر ، وليأخذ الجميع أو ليدع .

ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات ، فللشفيع أن يأخذ ذلك [أو][3] يأخذ أي صفقة شاء ، فإن أخذ الأولى ، لم يستشفع معه فيها المبتاع ، وإن أخذ الثانية ، كان للمبتاع معه الشفعة فيها بقدر صفقته الأولى فقط ، وإن أخذ الثالثة خاصة ، شفع[4] فيها بالأولى والثانية .

ومن ابتاع شقصاً هو شفيعه مع شفيع آخر ، تحاصّا فيه بقدر حصتيهما ، يضرب فيه المبتاع بقدر نصيبه من الدار قبل الشراء ، ولا يضرب بما اشترى .

ومن ابتاع شقصاً من دار لها شفعاء غُيَّبٌ إلا واحد حاضر فأراد أخذ الجميع ، فمنعه المبتاع أخذ حظوظ الغياب ، أو قال له المبتاع : خذ الجميع ، وقال الشفيع : لا آخذ إلا حصتي ، فإنما للشفيع في الوجهين أن يأخذ الجميع أو يترك ، وإن قال : أنا آخذ حصتي فإذا قدم أصحابي فإن أخذوا شفعتهم وإلا أخذت ، لم يكن

---

(١) يريد من حصة في نخل ، وحصة في قرية ، وحصة في دار .

(٢) في ق : صفقه واحد .

(٣) سقطت من .

(٤) في ق : أخذ ، وفي هـ : استشفع . وسقطت من ك .

ذلك له ، إما[1] أن يأخذ الجميع أو يدع ، [فإن سلم[2] ، فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا ، ولهم[3] أن يأخذوا الجميع أو يدعوا][4] ، فإن سلموا إلا واحداً قيل له : خذ الجميع أو دع .

ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا ، فلهم أن يدخلوا معه كلهم إن أحبوا فيأخذوا بقدر ما كان لهم من شفعتهم ، وإن أخذ بعضهم وأبى البعض لم يكن للآخذ أن يأخذ بقدر حصته فقط ، ولكن يساوي الآخذ قبله فيما أخذ أو يدع .

[فيمن ابتاع شقصاً من داره وعرضاً في صفقة والشفعة في ذلك]

ومن ابتاع شقصاً من دار وعرضاً في صفقة واحدة بثمن ، فالشفعة في الشقص خاصة بحصته من الثمن ، بقيمته من قيمة العرض يوم الصفقة ، تغيرت الدار بسكنى أو لم تتغير ، وليس للشفيع أخذ العرض ولا ذلك عليه إن أباه .

[في الشفيع يخبر عن الثمن أو عن بيع نصف نصيب الشريك فيسلّم الشفعة لأجل ذلك ثم يخبر بخلاف ذلك]

وإذا أُخبر الشفيع بالثمن فسلم ، ثم ظهر أن الثمن دون ذلك ، فله الأخذ بالشفعة ، ويحلف ما سلم إلا لكثرة الثمن .

وإن قيل له : قد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك[5] ، [فسلم][6] ، ثم ظهر أنه

---

(١) في ك : إلا .

(٢) في هـ : سلموا .

(٣) سقطت من ك و هـ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٥) في ز : شريكه .

(٦) سقطت من ز .

ابتاع جميع النصيب[1] ، فله القيام أيضاً بشفعته ، فإن قيل له : ابتاعه فلان فسلم ، ثم ظهر أنه ابتاعه مع آخر ، فله القيام [أيضاً بشفعته][2] وأخذ حصتهما .

[في إشهاد الشفيع بأخذ الشفعة]

وإن قال الشفيع بعد الشراء : اشهدوا أني أخذت بشفعتي ، ثم رجع فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه ، وإن لم يعلم به ، فله أن يرجع ، وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع ، فلا قيام له .

ولو قال للمبتاع[3] قبل الشراء : اشتر فقد سلمت لك الشفعة ، وأشهد بذلك ، فله القيام بعد الشراء ؛ لأنه[4] سلم ما لم يجب له بعد .

وإن سلم بعد الشراء على مال أخذه ، جاز ، وإن كان قبل الشراء ، بطل وردّ المال وكان على شفعته .

[في اختلاف البائع والمبتاع والشفيع في الثمن وحكم ذلك قبل الفوت وبعده ووجه جواز هبة الثواب]

وإن قال البائع : بعت الشقص بمائتين ، وقال المبتاع : بمائة ، وقال الشفيع : بخمسين ، أو لم يدع شيئاً ، فإن لم تفت الدار بطول زمان [أو تغير أسواق][5] ، أو تهدُّم الدار ، أو تغير المساكن ، أو بيع أو هبة ونحوه وهي بيد المبتاع أو البائع ،

---

(١) في جميع النسخ عدا ق : النصف .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز و هـ .

(٣) في ز : قال المبتاع .

(٤) في ز : إلا أنه .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

فالقول قول البائع ، ويترادان بعد التحالف ، ثم ليس للشفيع أن يقول : إنما آخذها بمائتين ، ولا يردوا البيع .

ولا شفعة حتى يتم البيع فتصير العهدة على المبتاع ، وههنا هي على البائع .

وإن تغيرت الدار بما ذكرنا وهي بيد المبتاع ، صدق مع يمينه وأخذها الشفيع بذلك .

ولا شفعة في هبة الثواب إلا بعد العوض ، وإنما جازت [الهبة][1] على غير عوض مسمى ؛ لأنه على وجه التفويض في النكاح .

وفي القياس لا ينبغي أن يجوز[2] ، ولكن قد أجازه الناس .

[في الذي يشتري شقصاً ثم يضع عنه البائع جلَّه بعد أخذ الشفيع]

ومن اشترى شقصاً بألف درهم ، ثم وضع عنه البائع تسع مائة [درهم][3] بعد أخذ الشفيع أو قبل ، نظر ، فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم أو اشتروا بغير تغابن ، وضع ذلك عن الشفيع ؛ لأن ما أظهرا من الثمن الأول إنما كان سبباً لقطع الشفعة ، وإن لم يشبه ثمنه أن يكون مائة ، لم يحط الشفيع شيئاً وكانت الوضيعة هبة للمبتاع .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) قوله هنا : « وفي القياس لا ينبغي أن يجوز » مع أنه قاسه على نكاح التفويض ـ كما في قوله المتقدم ـ لأنه على وجه التفويض في النكاح ، فيه إشكال أجاب عنه الزرويلي بقوله : وقوله وفي القياس لا ينبغي : أي على البيوع ، لما فيه من الغرر ، حيث إن الواهب للثواب يهب ولا يدري ماذا سيعوض به ويثاب . انظر : التقييد (٦١/٦) .

(٣) سقطت من ق .

وقال في موضع آخر[1] : إن حط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع، وضع ذلك عن الشفيع ، وإن كان مما[2] لا يحط مثله ، فهي هبة ، ولا يحط للشفيع شيء[3] .

[في الذي يبيع شقصاً له من دار أو يهبه أو يتصدق أو يباع عليه وله شفيع غائب فيجيئ]

ومن ابتاع شقصاً من دار له شفيع غائب ، فقاسم شريكه ، ثم جاء الشفيع ، فله نقض القسم وأخذه ؛ إذ لو باعه المشتري كان للشفيع رد بيعه ، ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً ، فللشفيع أخذه وهدم المسجد .

ولو وهب المبتاع ما اشترى من الدار أو تصدق [به][4] كان للشفيع إذا قدم نقض ذلك وأخذه والثمن للموهوب [له][5] أو المتصدق عليه ؛ لأن الواهب علم أنّ له شفيعاً ، فكأنه وهبه الثمن ، ومن ابتاع شقصاً ثم باعه ، فتداولته الأملاك فللشفيع أخذه بأي صفقة شاء ، وينتقض ما بعدها ، وإن شاء أخذه بالبيع الآخر ، وثبتت البيوع كلها .

وكذلك إن بيع الشقص على المبتاع في دين لغرمائه ، في حياته أو بعد وفاته ، فللشفيع الأخذ بالبيع الأول وينقض الثاني ، [وإن شاء أخذ بالثاني][6] .

---

(١) وقوله في الموضعين سواء ، وليس فيه اختلاف ـ كما ترى ـ . وانظر : التقييد (٦١/٦) .

(٢) في هـ : ما . وسقطت من ز .

(٣) في ز : لا يحط الشفيع شيئاً .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ق و ز ، والمثبت من هـ .

[في المبتاع يزيد البائع في الثمن بعد البيع ، وموقف الشفيع من ذلك]

وإذا زاد المبتاع البائع في الثمن بعد البيع ، فللشفيع الأخذ بالثمن الأول ؛ لأنه بيع قد وجب .

ولو أقال منه فالشفعة للشفيع وتبطل الإقالة ، وليس له أخذه بعهدة الإقالة ، والإقالة عند مالك : بيع حادث في كل شيء إلا في هذا ، فإن سلَّم الشفيع صحت الإقالة .

[في التي تشتري شقصاً فتخالع به ، والذي يشتريه فينكح به والشفعة في ذلك]

وإن اشترت المرأة شقصاً فخالعت به ، فإن شاء الشفيع أخذه وتكون عهدته على الزوجة[1] ، فليأخذه بالثمن الذي اشترته به ، وإن شاء كانت عهدته على الزوج ، فليأخذه منه بقيمته يوم الخلع ، فإن أخذه من الزوجة بالثمن رجع عليها الزوج بقيمته يوم الخلع .

ومن اشترى شقصاً فنكح به فمثل هذا سواء ، يكون الزوج في النكاح كالزوجة في الخلع .

[في حد أجل الشفيع الذي لم يحضره الثمن ، وضمان الشقص]

ومن قام بالشفعة ولم يحضره الثمن ، تلوم له [اليوم و][2] اليومين والثلاثة .

وإن أخذ بالشفعة ثم لم يقبض الشقص حتى انهدمت الدار ، فضمان الشقص من الشفيع .

---

(١) في ك : على الزوج .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

وكذلك في البيوع ما أصاب الدار بعد الصفقة ، فمن المشتري .

[في التوكيل في أخذ الشفعة]

ولك أن توكل بأخذ الشفعة غبت أو حضرت ، ولا يلزمك تسليم الوكيل إلا أن تفوض إليه في الأخذ[1] أو الترك .

ولو أقر الوكيل أنك سلمتها ، فهو كشاهد يحلف معه المبتاع ، فإن نكل حلفت أنت وأخذت ، وإن أقام الوكيل بينة أن فلاناً الغائب وكّله على طلب شفعته في هذه الدار ، مُكّن من ذلك .

[فيمن اشترى شقصاً من دار لرجل غائب والشفعة في ذلك ، وفي ضمان ما حدث في الشقص من فساد وهلاك]

ومن اشترى شقصاً من دار لرجل غائب ، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، ولا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنده في الشقص من هدم ، أو حرق ، أو غرق ، أو ما غار من عين أو بئر .

ولا يحط الشفيع لذلك من الثمن شيئاً ، فإما أخذ[2] بجميع الثمن أو ترك .

وكذلك لو هدم المبتاع البناء ليبنيه أو ليتوسع فيه ، فإما أخذ ذلك الشفيع مهدوماً مع نقضه بجميع الثمن أو ترك .

ولو هدم المبتاع ثم بنى قيل للشفيع : خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمّر فيها ، وإلا فلا شفعة لك .

---

(١) في ك : في أن يكون له الأخذ .

(٢) في ك : أخذه .

[فيمن اشترى داراً فهدمها ، أو هدمها أجنبي وباع هو النقض ثم استُحق نصفها وقد فات النقض والشفعة فيها]

ومن اشترى داراً فهدمها وباع النقض ، ثم استحق رجل نصفها وقد فات النقض عند مبتاعه ، فإن أبى المستحق أن يجيز[1] البيع في نصيبه من الدار ، أخذ نصفها ونصف ثمن النقض باستحقاقه ، ثم إن شاء أخذ بقيتها بشفعته ، فإن أخذه قسم ثمن نصف الدار [باستحقاقه الدار][2] على قيمة نصف الأرض ، وقيمة نصف النقض[3] يوم الصفقة ، ثم أخذ نصف الأرض بما ينوبها ولا ينظر إلى ثمن ما باع منه .

وأما ما قابل ذلك [من النقض][4] ، فلا شفعة فيه لفواته وثمن ذلك للمبتاع .

ولو وجد المستحق النقض لم يبع ، أو وجده قد بيع وهو حاضر عند مبتاعه لم يفت ، فله أخذ نصفه ونصف العرصة[5] بالاستحقاق وباقيها بالشفعة ، ولا يضمن المبتاع في الوجهين لهدمه شيئاً ، فإن أبى أن يأخذ ما استحق من الدار مهدوماً ، قيل له : فارجع على البائع بالثمن الذي باع به حصتك إن أحببت .

ولو هدم الدار أجنبي تعدياً وأتلف النقض ، فلم يقم عليه المبتاع حتى قام المستحق

---

(١) في ز و هـ : فإن المستحق إن لم يجز البيع .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

(٣) في ز : الأرض النقض .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في هـ : فله أخذ نقصه مع أخذ نصف . . . . وفي ز : أخذ نصفه مع نصف العرصة .

فاستشفع ، فله الشفعة فيما بقي بحصته بالتقويم[1] ثم يقضي[2] الثمن على قيمة ما هدم وما بقي ، فيأخذ ذلك بحصته من الثمن ، ثم يتبع المشتري الهادم بنصف قيمة ما هدم ، فكان له ، وكان بمنزلة ما باع ، ويتبعه المستحق بمثل ذلك .

ولو كان المبتاع قد ترك للهادم قيمة ما هدم ، فللمستحق طلب الهادم بنصف قيمة ذلك من النصف المستحق ، وتسقط[3] عنه حصة المبتاع .

وإن كان الهادم عديماً أتبعه المستحق دون المبتاع ، ومن اشترى داراً فوهبها لرجل فهدمها ، أو وهب نصفها[4] لرجل فهدمها[5]، ثم استحق رجل نصفها ، فلا شيء على الهادم فيما هدم ، وهو كالمشتري ، ولو وهب الدار مبتاعها لرجل ، ثم استحق رجل نصفها وأخذ باقيها فالشفعة[6] بثمن النصف المستشفع للواهب ، بخلاف من وهب شقصاً ابتاعه وهو يعلم أن له شفيعاً فهذا ثمنه للموهوب إذا أخذه الشفيع .

[في المستحق لثمن الأمة الموهوبة إذا استحقت بحرية أو غير ذلك]

ومن وهب لرجل أمة فاستحقت بحرية أو أنها مسروقة ، فما رجع به من ثمنها فللواهب أو لورثته دون الموهوب .

---

(١) في ق : في التقويم . وفي ك : في التقدم . والمثبت من هـ و ز .

(٢) في ز : بعض .

(٣) في ز : سقط . وفي هـ ك سقطت .

(٤) في هـ : بعضها .

(٥) في جميع النسخ عدا ق : فهدمه .

(٦) في هـ و ز : بالشفعة .

[في القول في شفعة البيع الفاسد والفوت فيه]

ويفسخ البيع الفاسد في الدور وغيرها إذا لم يفت ، ولا شفعة فيه ، ولو علم به بعد أخذ الشفيع [بالشفعة][1] فسخ بيع الشفعة والبيع الأول ؛ لأن الشفيع دخل مدخل المشتري ، وكذلك لو باعها المبتاع من غيره بيعاً فاسداً لرد البيع الأول والآخر جميعاً إلا أن يفوت ، وتجب في ذلك القيمة فلا يرد .

وإذا لم يفسخ البيع الأول حتى فات ولزمت المبتاع قيمته يوم قبضه ، ففيه حينئذ الشفعة بتلك القيمة .

ويفيت الرَّبع في البيع الفاسد ، الهدم والبناء والغرس وبناء البيوت أو عطب[2] الغرس ، وليس تغير سوق الرباع فوتاً ، ولا أعرف أن تغير البناء فوت أو طول المدة السنتين[3] والثلاثة .

وإذا فاتت الدار[4] ببنيان زاده المبتاع فيها ، لم يأخذها الشفيع حتى يدفع إلى المبتاع قيمة ما أنفق مع القيمة التي لزمته ، وإن انهدمت الدار لم ينقص الشفيع الهدم[5] شيئاً وقيل له : خذها بجميع القيمة التي لزمت [المبتاع][6] أو دع .

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) في جميع النسخ عدا ق : موت .

(٣) في ق : السنتان . وفي ك : السنة .

(٤) في ز : الرباع .

(٥) في ز : للهدم .

(٦) سقطت من و .

وإن باعها المشتري من غيره بيعاً صحيحاً فذلك فوت أيضاً ، وللشفيع الأخذ بثمن البيع الصحيح ويتراد[1] الأولان القيمة .

وكذلك من ابتاع شيئاً من جميع الأشياء بيعاً فاسداً ، ثم باعه بيعاً صحيحاً قبل أن يفوت عنده ، نفذ[2] البيع الثاني ، ويتراد[3] الأولان القيمة[4] .

قال : وليس للشفيع الأخذ بالبيع الأول الفاسد ؛ لأنا نُزيلُ[5] البيع الذي أفاته ، ويعود بيعاً فاسداً لا فوت فيه ، وهذا إذا لم يفت ببناء أو هدم ، فأما إن فاتت بذلك فليأخذ الشفيع إن شاء بالثمن الصحيح أو بالقيمة في الفاسد ، وإن لم يفت بهذا إلا أن المتبايعين يترادان[6] القيمة بعد البيع الثاني ، فللشفيع أن يأخذ بأي ذلك شاء لتمام البيع بأخذ القيمة ، تراداها بقضية أو بغير قضية ؛ لأن مبتاع[7] الصحة لو ردّ[8] ذلك بعيب وجده بعد أن تراد الأولان القيمة ، لم يكن له الرد بالعيب[9] ، ويأخذ القيمة التي دفع .

---

(١) في ق و ك و ز : يترادان .

(٢) في ز : بعد .

(٣) في ق و ك و ز : يترادان .

(٤) في ز : القيمة الصحيح ، أو بالقيمة في الفاسد .

(٥) في ز : لأنها تزيل .

(٦) في ق : يتراد . وفي ط و هـ : ترادا .

(٧) في ك : متاع .

(٨) في ك : لورود

(٩) في ك : له رد البيع .

وقد قال مالك في المكتري يتعدى الموضع فيتلف الدابة فيغرم القيمة ثم توجد بحالها ، فليس لربها أخذها ؛ لأنه قد أخذ قيمتها .

[في التولية في البيع الفاسد]

ولا تجوز التولية في البيع الفاسد وترد ؛ لأن المبتاع إن كان ابتاع على أن أسلف فقد دخل الثاني مدخله .

ولو قال له : هذه السلعة قامت عليّ بمائة دينار وأنا أبيعكها بذلك[(١)] ، كان كاذباً ؛ لأنه إن كان اشتراها بمائة [دينار][(٢)] على أن أسلفه عشرة دنانير ، وقيمة السلعة خمسون ديناراً ، فلم تقم عليه بمائة ، ويخير المبتاع في أخذ السلعة بمائة أو ردها . فإن فاتت بيده قبل أن يختار[(٣)] ، لزمه الأقل من قيمتها أو من المائة .

[في تقديم الشفيع على غرماء المفلس ، ومن أحاط الدين بماله]

ومن ابتاع شقصاً فيه فضل فقام غرماؤه في فَلَسه أو موته ، فللشفيع إن قام أخذ الشقص دونهم .

وإن ترك من أحاط الدين بماله القيام بشفعته ، فليس لغرمائه أخذها ولا أن يجبروه[(٤)] على أخذها ، وذلك إليه[(٥)] أخذ أو سلم .

---

(١) في هـ : كذلك .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) في ك : قبل الخيار .

(٤) في ك و هـ : ولا يجبرونه . وفي ز : ولا يجبروه . وفي ك : ولا يجبره .

(٥) في هـ : إليه إن شاء .

[في حكم أخذ الشفيع مالاً من أجنبي على أن يقوم بشفعته ويربحه ، وبيع الشقص قبل أخذه بالشفعة ، وأخذ الشفعة للغير]

ولا يجوز للشفيع أن يعطيه أجنبي مالاً ، على أن يقوم[1] الشفيع بشفعته ويربحه ذلك المال .

ولا يجوز بيع الشقص قبل أخذه إياه بشفعته ، ولا يجوز له أن يأخذ شفعته[2] لغيره .

ومن وكل رجلاً يبيع له شقصاً أو يشتريه له والوكيل شفيعه ، ففعل ، لم يقطع ذلك شفعته ، وإذا كانت دار بيد[3] أحد رجلين ، فأقام كل واحد منهما بينة أنه ابتاعها من الآخر ، قضيت بأعدلهما ، فإن تكافأتا ، بقيت الدار لمن هي في يديه .

[فيمن اشترى داراً وأخذ من البائع كفيلاً بما يصير لها فبنى فيها ثم استحقت]

ومن ابتاع داراً وأخذ من البائع كفيلاً بما أدركه من درك[4] ، فبنى في الدار ، ثم استحقت ، لم يلزم الكفيل من قيمة البناء شيء ، ولكن يقال للمستحق : ادفع إلى المبتاع قيمة ما بنى أو خذ قيمة دارك ، فإن دفع ذلك وأخذ الدار ، رجع المبتاع بالثمن على البائع ، فإن كان غائباً أو عديماً ، رجع به على الحميل .

---

(١) في هـ و ز : يغرم .

(٢) في هـ : بشفعته .

(٣) في ز : بين .

(٤) في ز : بما أدركه من ذلك .

[فيمن اشترى شقصاً من دار بعبد فمات بيده ، وممن تكون مصيبته والشفعة في ذلك]

ومن ابتاع شقصاً من دار بعبد بعينه ، فمات بيده قبل دفعه ، فمصيبته من البائع ، وللشفيع الأخذ بقيمة العبد ، وعهدته على المبتاع ؛ لأن الشفعة وجبت له بعقد البيع .

وإن أخذ الشفيع بقيمة العبد ، ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً ، فله رده ويأخذ من المبتاع قيمة الشقص وقد مضى الشقص للشفيع بشفعته ، بخلاف البيع الفاسد الذي تبطل فيه(١) الشفعة في ذلك ؛ لأن البيع فسد بعيبه ، وفي العيب(٢) لو رضيه البائع لزمه(٣) ، فإن استحق العبد قبل قيام الشفيع ، بطل البيع ولا شفعة في ذلك .

فإن استحق [العبد](٤) بعد أخذ الشفيع ، فقد مضت الدار للشفيع ، ويرجع بائع الشقص على مبتاعه بقيمة الشقص كاملاً ، كان ذلك أكثر مما أخذ [فيه](٥) من الشفيع أو أقل ، ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع ، إذ الشفعة كبيع ثانٍ .

---

(١) في ز : به .

(٢) في هـ : في العبد العيب .

(٣) في ز و هـ : لتم .

(٤) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٥) سقطت من ز .

[فيمن اشترى شقصاً بحنطة فاستحقت ، أو اشترى الحنطة بثمن فاستحقت والشفعة في ذلك]

ومن ابتاع شقصاً بحنطة بعينها ، فاستحقت الحنطة قبل أخذ الشفيع ، فسخ البيع ، ولا شفعة في ذلك .

وكذلك إن ابتاع الحنطة بثمن فاستحقت ، بطل البيع ويرجع بالثمن ، وليس على البائع أن يأتي بمثلها .

[فيمن اشترى شقصاً من دار بعرض فاختلف مع الشفيع في قيمته واختلاف البائع والمشتري في الشراء والشفعة حينئذ]

ومن ابتاع شقصاً من دار بعرض ، فاختلف المبتاع مع الشفيع في قيمته ، وقد فات في يد البائع أو لم يفت ، فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا اليوم ، فإن كان مستهلكاً صُدّق المبتاع في قيمته مع يمينه ، فإن جاء بما لا يشبه ، صدق الشفيع فيما يشبه ، فإن جاء بما لا يشبه ، وصفه المبتاع وحلف على صفته ، وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفة يوم الصفقة أو ترك ، فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو ، وأخذ بقيمة صفته .

وإذا أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع تحالفا وتفاسخا ، وليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع ؛ لأن عهدته على المشتري ، فإذا[1] لم يثبت للمشتري[2] شراء ، فلا شفعة للشفيع .

---

(١) في هـ : على المبتاع وإذا .

(٢) في هـ : المبتاع .

[فيمن باع عبداً قيمته ألف درهم بألف درهم وشقص والشفعة في ذلك]

ومن باع عبداً قيمته ألف درهم ، بألف درهم وبشقص قيمته ألف درهم ، ففي الشقص الشفعة بنصف قيمة العبد ، وذلك خمسمائة .

[في الشفعة في العرض الذي لا يقسم]

ومن كان بينه وبين رجل عرض مما لا ينقسم ، فأراد بيع حصته ، قيل لشريكه : بِعْ معه أو خذها بما يعطى ، فإن رضي فباع حصته مشاعة ، فلا شفعة لشريكه .

[في الشريكين في أرض فيها نخل وعين فيقتسمان ذلك ويبيع أحدهما نصيبه من العين]

وإن كانت بينهما أرض ونخل ولها عين ، فاقتسما الأرض والنخل خاصة ، ثم باع أحدهما[1] نصيبه من العين ، فلا شفعة فيه ، وهو الذي جاء فيه ما جاء : « لا شفعة في بئر »[2] .

وإن لم يقتسموا ولكن باع أحدهم حصته من العين ، أو البئر خاصة ، أو باع حظه[3] من الأرض والعين جميعاً ، ففي ذلك الشفعة ، ويقسم شرب العين بالقِلد ، وهو القدر[4] .

---

(١) في ز : أحدهم .

(٢) هذا أثر عن عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ رواه مالك في الموطأ عن محمد بن عمارة عن أبي بكر بن حزم أن عثمان بن عفان قال : « إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل » ، قال مالك : وعلى هذا الأمر عندنا . الموطأ (٧١٧/٢) كتاب الشفعة باب ما لا تقع فيه الشفعة .

(٣) في هـ : حصته .

(٤) قال الزرويلي عن القاضي عياض : أي القدر التي تقسم بها الماء . انظر : التقييد (٧٠/٦) .

وإن كان بينهما أرض ونخل فاقتسما النخل خاصة ، فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر من النخل ؛ [لأن ما قسم عند مالك ، فلا شفعة فيه][1].

[في الشفعة فيمن له نخلة في جنان رجل ، ومن اشترى شقصاً من أرض فزرعها أو غرسها شجراً ونخلاً]

ومن باع نخلة[2] في جنان رجل ، فلا شفعة لرب الجنان فيها .

ومن اشترى شقصاً من أرض فزرعها ، فللشفيع أخذها بالشفعة ولا كراء له ، والزرع للزارع .

ولو غرسها المبتاع شجراً أو نخلاً ، فإما أدى الشفيع قيمة ذلك قائماً مع ثمن الأرض ، وإلا فلا شفعة له .

[فيمن ابتاع أرضاً فزرعها فاستحقت ، أو ابتاعها بزرعها ، أو بدونه فاستحق ، والشفعة في ذلك]

ومن ابتاع أرضاً فزرعها[3] ، ثم استحقها رجل ، فلا شيء له في الزرع ولا كراء له ، إلا أن يقوم في إبان الزراعة على ما [وصفنا][4] ، فيكون له كراء مثلها ، وإن استحق نصف الأرض خاصة واستشفع ، فله كراء ما استحق إن قام في إبان الزراعة على ما وصفنا ، ولا كراء له فيما استشفع .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .

(٢) في ز : غلة . وفي هـ : نخلة له .

(٣) في ز : ثم زرعها .

(٤) سقطت من ز .

ومن ابتاع أرضاً بزرعها[1] الأخضر ، فاستحق رجل نصف الأرض [خاصة][2] واستشفع ، فالبيع في النصف المستحق باطل ، ويبطل في نصف الزرع خاصة[3] ؛ لانفراده بالأرض ، [لأنه صار بيع الزرع قبل بدو صلاحه][4] ، ويرد البائع نصف الثمن ، ويصير له نصف الزرع وللمستحق نصف الأرض ، ثم يبتدئ الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي ، فإن أحب ، أخذه بالشفعة ، ولم يكن له في نصف الزرع شفعة .

[قال ابن القاسم :][5] فإن لم يستشفع خُيِّر المبتاع بين رد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن ؛ لأنه قد استحق من صفقته ما له بال وعليه فيه الضرر ، وبين أن يتماسك بنصف الأرض ونصف الزرع ، ويرجع بنصف الثمن .

ومن ابتاع أرضاً ذات زرع أخضر دون زرعها ، ثم ابتاع الزرع في صفقة أخرى ، أو ابتاع الجميع في صفقة ثم استحق رجل جميع الأرض خاصة ، بطل البيع في الزرع لانفراده ، وإنما أجيز بيعه أخضر مع أرضه في صفقة [واحدة][6] ، أو ابتياعه بعد ابتياعه الأرض ، فيبقيه فيها ويحل محل البائع ، ثم له بيع الأرض دون الزرع ، ولا يبطل البيع في الزرع ؛ لأن شراءه الأرض لم ينتقض ، وفي الاستحقاق قد انتقض .

---

(١) في ز : يزرعها .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٥) سقطت من ز .

(٦) سقطت من ق و هـ .

[في الشفعة في الثمرة قبل اليبس وبعده]

وإذا كان بين قوم ثمر في شجرة قد أزهى ، فباع أحدهم حصته منه قبل قسمته ، والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة أو حبس ، فاستحسن مالك لشركائه فيه الشفعة ما لم ييبس[1] قبل قيام الشفيع ، أو تباع[2] وهي يابسة ، وقال : ما علمت أن أحداً قاله قبلي[3] .

وأما الزرع يبيع أحدهم حصته منه بعد يبسه[4] فلا شفعة فيه ، وهذا لا يباع حتى ييبس .

وكل ما بيع من سائر الثمار قبل[5] يبسه مما فيه الشفعة[6] ، مثل التمر والعنب مما ييبس في شجره ، فبيع بعد اليبس في شجره ، فلا شفعة فيه كالزرع ، كما لا جائحة فيه حينئذ ولا في زرع .

[في الشفعة في النخل التي لا تمر فيها أو فيها تمر لم يؤبر أو قد أبر]

ومن ابتاع نخلاً لا تمر فيها ، أو فيها تمر لم يؤبر ، ثم استحق رجل نصفها

---

(١) في ق : لم يتبين .

(٢) في ز : ابتاع .

(٣) هذه إحدى المسائل الأربع التي قال فيها مالك برأيه ، ولم يكن تابعاً فيها لأحد ، وقد تقدم ذكرها نقلاً عن ابن الأبياري . انظر (ص ١٢٨) من هذا الجزء .

(٤) في ق : قبل يبسه . وفي ك : قبل قسمته ، والأصل لهم بعد يبسه . والمثبت من هـ و ز و ط ، وهو الموافق لما في المدونة والتقييد شرح التهذيب .

(٥) في ك : بعد .

(٦) وردت هنا زيادة مكررة في ز ، وهي : مما فيه الشفعة ، ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها أو فيها ثمر لم تؤبر ثم استحق رجل نصفها مثل التمر والعنب . . . إلخ .

واستشفع ، فإن قام [المستحق][1] يوم البيع أخذ النصف بملكه والنصف بشفعته ، بنصف الثمن ، ورجع المبتاع على بائعه بنصف الثمن ، وإن لم يقم حتى عمل فيها المبتاع ، فأبرت وفيها الآن بلح أو فيها ثمرة[2] قد أزهت ، ولم تيبس ، فكما ذكرنا ويأخذ الأصل بثمره ، و[يكون][3] عليه للمبتاع [قدر][4] قيمة ما سقى وعالج ، فيما استحق واستشفع ، وإن لم يستشفع ، فذلك عليه فيما استحق فقط ، فإن أبى أن يغرم ذلك فيما استحق ، فليس له أخذه وليرجع بالثمن إن شاء على البائع ويجيز البيع ، فإن قام بعد يبس الثمرة أو جذاذها لم يكن له في الثمرة شفعة ، وله أن يأخذ نصف الأصول بالشفعة بنصف الثمن ، ولا يحط عنه للثمر شيء ؛ إذ لم يقع عليها من الثمن يوم البيع حصة .

وقال بعض المدنيين[5]: إذا قام الشفيع وقد أبرت النخل[6] ، فهي للمبتاع دونه ، وأباه مالك وقال : وإذا ابتاع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية فاشترطها ، ثم استحق رجل نصفها واستشفع ، فله نصف النخل ونصف الثمرة باستحقاقه ، [يريد في هذا : وإن جزت][7].

---

(١) سقطت من ق و ز .

(٢) في جميع النسخ عدا ق : تمر .

(٣) سقطت من هـ و ز .

(٤) سقطت من هـ و ز .

(٥) لم أقف على تسمية هؤلاء المدنيين في كتب المذهب ، وهذا القول قال به أشهب ، والمشهور قول مالك . انظر : منح الجليل (٧/٢٠٦) ، التقييد (٦/٧٣) .

(٦) في جميع النسخ عدا ق : الثمرة .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

[قال ابن القاسم :][1] وعليه للمبتاع في ذلك قيمة ما سقى وعالج ، ويرجع المبتاع بنصف الثمن على بائعه ، فإن شاء المستحق الشفعة في النصف الباقي ، فذلك له ويكون له أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجذ أو تيبس ، ويغرم قيمة العلاج أيضاً .

وإن قام بعد اليبس أو الجذاذ ، فلا شفعة له في الثمرة ، كما لو بيعت حينئذ ، ويأخذ الأصل بالشفعة بحصته من الثمن بقيمته من قيمة الثمرة يوم الصفقة ؛ لأن الثمرة وقع لها حصة[2] من الثمن .

وأما من ابتاع نخلاً لا ثمر فيها ، أو فيها ثمر قد أبر أو لم يؤبر ، ثم فلس وفي النخل ثمرة قد حل بيعها ، فالبائع أحق بالأصل والثمرة ما لم تجذ ، إلا أن يعطيه الغرماء الثمن [بخلاف الشفيع .

ومن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر ثم قام شفيع بعد طيبه ، فإنما له الشفعة في الأرض][3] دون الزرع بما ينوبها من الثمن بقيمتها من قيمة الزرع على غرره يوم الصفقة ؛ لأن الزرع وقعت له حصة من الثمن في الصفقة ، وليس كنخل بيعت وفيها ثمر لم يؤبر ، ثم قام شفيع بعد يبس الثمرة ، هذا لا شيء له من الثمرة ، ولا ينقص لذلك من الثمن شيء ؛ لأن الثمرة لم يقع لها حصة من الثمن ، ولأن النخل إذا بيعت وفيها طلع لم يؤبر فاستثناه البائع ، لم يجز استثناؤه ، والأرض إذا بيعت وفيها زرع لم يبد صلاحه ، كان الزرع للبائع فافترقا .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

(٢) في ك : حصته .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ .

ولو كانت الثمرة يوم البيع مأبورة وقام بعد يبسها لسقط عنه حصاصها[1] من الثمن ، فظهور الزرع من الأرض كإبار[2] الثمرة في النخل في هذا ، وفي أن ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، فيصير له بالاشتراط حصة من الثمن ، ولم يكن للشفيع في الزرع شفعة[3] ؛ لأنه غير ولادة ، وليس له منه شيء ، والثمرة ولادة وللشفيع نصفها ، فإذا قام قبل يبسها كانت له الشفعة .

ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها فاغتلها سنين ، فلا شيء للشفيع إن قام من الغلة ، ومن ابتاع ودياً[4] صغاراً ، ثم قام شفيع بعد أن صارت[5] بواسق[6] ، فإنه يأخذها ويدفع إلى المبتاع قيمة ما عمل .

وفي كتاب المرابحة[7] مسألة من ابتاع نخلاً فاغتلها ، هل تباع[8] مرابحة [أم لا][9] ؟ .

[الشفعة في رحا الماء والحمام والبئر والعين]

وليس في رحا الماء شفعة ، وليست من البناء ، وهي كحجر ملقى ، ولو بيعت

---

(١) في ز : حصاصاً .

(٢) في ز : كإثمار .

(٣) في ز : شفاعة .

(٤) الودي : صغار النخل التي تنقل من مكان لآخر وتغرس . انظر : التقييد (٧٤/٦)، المصباح (٦٥٤) .

(٥) في ز : سارت .

(٦) البواسق : طوال النخل من بسقت النخلة إذا طالت . انظر : المصباح (٤٨) .

(٧) وقد تقدم في الجزء الثالث ، انظر المسألة منه في (ص ٢٠٥) .

(٨) في هـ و ك و ز : هل يبيعها .

(٩) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

معها الأرض أو البيت التي نصبت فيه ففيهما الشفعة دون الرحا بحصة ذلك ، وسواء أجراها الماء أو الدواب . وفي الحمام الشفعة .

ولا شفعة في بئر لا بياض لها ، ولا نخل لها وإن سُقي[1] بها زرع أو نخل ، والنهر والعين مثلها ، ولو أن لها أرضاً أو نخلاً لم تقسم ، فباع [أحدهما][2] حصته من البئر أو العين خاصة ، ففيه الشفعة ، بخلاف بيعه [لمشاع][3] البئر بعد قسم الأصول أو الأرض[4] .

[فيمن ابتاع شرب الماء ، أو أرضاً ولم يذكر شجرها ، أو تصدق بشجر ولم يذكر الأرض ، أو العكس]

ولا بأس بشراء شرب يوم[5] ، أو شهر ، أو شهرين ، يسقي به زرعه في أرضه دون شراء [أصل][6] العين .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : فإن غار الماء فنقص قدر ثلث الشرب الذي ابتاع ، وضع عنه كجوائح الثمار .

قال ابن القاسم : وأنا أرى[7] أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبَل الماء فإنه ، يوضع

---

(١) في ك : وإن كان يسقى . وفي ز : وإن سقاها زرع .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) في ك : لمبتاع .

(٤) أي فلا شفعة في البئر حينئذ . انظر : المدونة (٤٣٣/٥) .

(٥) في هـ : يوم أو يومين .

(٦) سقطت من هـ .

(٧) الإمام مالك هنا قاس غور الماء المشترى على الثمار التي تصيبها الجائحة ، فلم ير وضع شيء على المشتري فيما دون الثلث كجائحة الثمار من غير الماء . وابن القاسم رأى أن يوضع عنه كل ما لحقه منه ضرر بيّن ، ولو كان أقل من الثلث كجائحة الثمار التي بسبب الماء فإنها توضع =

عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بين ، وإن كان أقل من الثلث ، إلا ما قل مما لا خطب له ، فلا يوضع[1] لذلك شيء .

ومن ابتاع أرضاً ولم يذكر شجرها ، فهي داخلة في البيع كبناء الدار ، إلا أن يقول البائع : أبيعك الأرض بلا شجر ، وأما إن كان فيها زرع ، فهو[2] للبائع إلا أن يشترطه المبتاع .

ولو تصدق بالشجر ولم يذكر الأرض ، أو تصدق بالأرض ولم يذكر الشجر كانت الأرض داخلة مع الشجر في الصدقة .

ومن ابتاع أرضاً بعبد فاستحق نصف الأرض قبل تغير سوق العبد فله رد بقية الأرض وأخذ عبده ، فإن شاء المستحق أن يأخذ بقيتها بالشفعة بنصف[3] قيمة العبد فذلك له ، وعهدته على المبتاع .

ومن ابتاع نخلاً ليقلعها ثم ابتاع الأرض فأقر النخل فيها ، ثم استحق[4] رجل نصف جميع ذلك ، فله أخذ[5] نصف النخل والأرض بنصف ثمنها ، لا بالقيمة في أحدهما .

= ولو أقل من الثلث ما دام ضررها بين ، ولم أقف في كتب المذهب على تشهير أو ترجيح أو استظهار لأحد القولين . وانظر : التقييد (٦/٧٥ ، ٢٢٨ - ٢٢٩) .

(١) في هـ : فلا يوضع عنه .

(٢) في ق و ك و ز : فهي .

(٣) وردت هنا زيادة في ك ، وهي : بنصف ثمنها لا بقيمة أخذها ، وليس للمبتاع حجة في قيمة العبد .

(٤) في هـ : فأقر النخل في الأرض فاستحق .

(٥) في ك و ز : فليأخذ .

وليس للمبتاع حجة في النخل أنه ابتاعها للقلع ، فإن لم يستشفع خير المبتاع بين التماسك بما بقي أو رده .

[في الشفعة في العرصة[1] والنقض[2]]

وقال في باب بعد هذا ، فيمن اشترى عرصة [بشقص][3] من دار فيها بنيان ، على أن النقض لرب الدار ، ثم اشترى بعد ذلك النقض ، أو اشترى النقض أولاً ، ثم اشترى العرصة بعد ذلك ، فقام شفيع ، فله أخذ العرصة[4] والنقض جميعاً بشفعته يأخذ العرصة بالثمن ، والنقض بقيمته قائماً .

[قال ابن القاسم :][5] ومن ابتاع نقض شقص شائع من رجل أو حصته من نخل على أن يقلع ذلك المبتاع وشريك البائع غائب ، لم يجز ؛ إذ لا يقدر هذا[6] البائع على القلع إلا بعد القسم ، وإذ لو شاء البائع أن يقاسم شريكه النخل خاصة ليقلعها ، لم يكن ذلك له إلا مع الأرض .

ومن ابتاع نقض دار قائماً على أن يقلعه ، ثم استحق رجل نصف الدار ، فللمبتاع رد بقية النقض ، ولا شفعة فيه للمستحق ؛ لأنه بيع على القلع ، ولم يبع الأرض ، وأما إن استحق جميع الأرض دون النقض ، أو كانت نخلاً بيعت

---

(١) العرصة : البقعة التي ليس فيها بناء . انظر : المصباح (٤٠٢) .

(٢) النقض : المنقوض من البنيان . انظر : المصباح (٦٢١) .

(٣) سقطت من ك . وفي ز : بشقص دار بنيان على أن النقص .

(٤) ورت هذه العبارة في ك هكذا : فقام شفيع له فليأخذ العرص . وفي ز : فقام شفيع فليأخذ العرصة . وفي هـ : فقام شفيع عليه فله أخذ العرصة .

(٥) سقطت من ز و هـ .

(٦) في جميع النسخ عدا ق : لا يقدر هو ولا البائع .

للقلع فاستحق رجل الأرض دون النخل ، كان البيع تاماً في النقض والنخل ، وكان للمستحق أخذ ذلك من المبتاع [بقيمته مقلوعاً لا بالثمن ؛ لأنه[1] ليس بمعنى الشفعة ، ولكن للضرر ، وليس للمبتاع أن يمنعه من ذلك ؛][2] لأنه في امتناعه من ذلك مضار ، فإن أبى المستحق من أخذ ذلك بقيمته ، قيل للمبتاع : اقلعه .

وكذلك من غرس في أرض اكتراها فانقضت المدة .

[فيمن بنى في أرض يظنها له ثم استحقت ، أو ابتاع عبداً أو وهبه ثم استحق]

ومن بنى أو غرس في أرض يظنها له فاستحقت ، فعلى المستحق في هذه قيمة ذلك قائماً للشبهة فإن أبى دفع إليه الذي عمر قيمة أرضه ، فإن أبيا كانا شريكين على القيم بخلاف المكتري ؛ لأنه غرس إلى مدة .

ومن ابتاع عبداً فوهبه لرجل ثم استحق ، قيل للمستحق : إن شئت فاتبع البائع بالثمن ، وإلا فاطلب العبد ، فإن وجدته أخذته ، ولا شيء لك على الواهب .

[في الشفعة في الموهوب أو المتصدق به للثواب والمبيع على الخيار وبعض مسائل هبة الثواب]

ومن وهب شقصاً من دار لثواب ، أو تصدق به على عوض ، أو أوصى به على عوض ، فهو بيع وفيه الشفعة ، فإن سمى العوض[3] فالشفعة بقيمة العوض إن كان مما له قيمة من العروض ، أو بمثله في المقدار والصفة إن كان عيناً ، أو طعاماً ، أو إداماً ، كانت الهبة بيد الواهب أو قد دفعها .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) في ق : العرض .

وإن وهبه على عوض يرجوه لم يسمه ، فلا قيام للشفيع إلا بعد العوض ، ولا يجبر الموهوب على ثواب إذا لم تتغير الهبة في بدن[1] ، وللواهب ردها إن لم يثبه الموهوب فإن أثابه مثل القيمة لزم الواهب ، وإن أثابه أقل ، لم يلزمه إلا أن يشاء ، وله أخذ هبته ، إلا أن تتغير في البدن ، فلا يأخذها ، ويقضى له على الموهوب [بقيمتها يوم قبضها ، ويقال للشفيع : خذه الآن أو دع ، إذا قضي على الموهوب][2] بالقيمة .

ولو أثابه بعد تغيرها أضعاف القيمة قبل قيام الشفيع ، ثم قام ، لم يأخذها الشفيع إلا بذلك ، كالثمن الغالي ، وإنما يهب الناس ليعاضوا[3] أكثر ، ومن أوصى أن يباع شقصه من فلان بكذا ، فلم يقبل ، فليس للشفيع أخذه بذلك .

وكذلك إن قال : اشهدوا أني بعت شقصي من فلان بكذا وكذا إن قبل فإن لم[4] يقبل ، فلا شفعة للشفيع ، ومن باع شقصاً على خيار له أو للمبتاع ، فلا شفعة فيه حتى يتم البيع .

ومن وهب شقصاً لغير ثواب ، فعُوض فيه فقبل ، فإن رأى أنه لصداقة أو صلة رحم ، فلا شفعة فيه .

ومن عوض من صدقة وقال : ظننته يلزمني ، فليرجع في العوض إن كان قائماً ، فإن فات ، فلا شيء له .

---

(١) أي إذا لم تتغير بنماء أو نقصان ، وهو التغير بالبدن ، أما التغير بحوالة السوق ونحو ذلك فتقدم أنه لا يفيت الهبة ، وإنما الذي يفيتها هو التغير في البدن فقط .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) في ز : ليعاوضوا .

(٤) في ز و هـ : فلم .

ومن وهب شقصاً من دار لابنه الصغير على عوض ، جاز وفيه الشفعة .

ولا تجوز محاباة في قبول الثواب ، ولا ما وهب ، أو أعتق ، أو تصدق من مال[(١)] ابنه الصغير ، ويرد ذلك كله ، إلا أن يكون الأب موسراً فيجوز ذلك على الابن[(٢)] [في العتق][(٣)] ، ويضمن قيمته في ماله ، ولا تجوز في الهبة وإن كان موسراً ، وإنما يجوز بيع الأب مال ابنه [الصغير][(٤)] على وجه النظر .

[في هبة الوصي شقص اليتيم ، وهبة المكاتب والمأذون على عوض]

وهبة الوصي لشقص اليتيم[(٥)] ، كبيع ربعه[(٦)] ، لا يجوز ذلك إلا لنظر[(٧)] كثمن يرغبه فيه ، [مثل][(٨)] ملك يجاوره ، أو ملي يصاقبه[(٩)] ، وليس في غلته ما يكفيه ، أو لوجه نظر ، فيجوز ، وفيه الشفعة ، وهبة المكاتب والمأذون على عوض تجوز بلا محاباة ، وفي ذلك الشفعة .

---

(١) في ز : أو تصدق ، وإنما يجوز بيع مال .

(٢) في هـ و ز : على الأب . وقوله : « إلا أن يكون موسراً فيجوز ذلك على الابن » راجع إلى العتق فقط ، أما الهبة والصدقة فتردان وإن كان الأب موسراً . وقد نقل الزرويلي عن عياض أن المسألة وردت في بعض النسخ بلفظ : إلا أن يكون الأب موسراً في العتق . انظر : التقييد (٧٨/٦).

(٣) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٤) سقطت من ق و ز و هـ ، والمثبت من ك .

(٥) في هـ : اليتيم على ثواب .

(٦) ربعه : أي منزله ، جمعه رباع . انظر : المصباح (٢١٦) .

(٧) في ك : للنظر . وفي ز : بالنظر . وفي هـ : على وجه النظر .

(٨) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٩) في ك و هـ : مصاقب . ويصاقبه : يقاربه ، والمصاقب : القريب . انظر : القاموس (١٠٥) .

[فيمن ابتاع شقصاً بخيار فباع شفيعه شقصه على البتل قبل تمام الخيار]

ومن ابتاع شقصاً بخيار وله شفيع ، فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيعاً بتلاً فإن تم بيع الخيار[1] ، فالشفعة للمبتاع ، وإن رُدّ ، فهو لبائعه ، ومن ابتاع شقصاً على خيار له فانهدم [قبل أن يختار][2] ، فله رده ولا شيء عليه ، كما كان له الرد وهو قائم ، ولا شفعة فيه حتى يتم البيع .

[في الشفعة في المأخوذ بنكاح أو خلع أو صلح من دم عمد أو من دم خطأ]

ومن نكح ، أو خالع ، أو صالح من دم عمد على شقص ، ففيه الشفعة بقيمته ؛ إذ لا ثمن معلوم لعوضه .

وإن أخذه من دم خطأ ، ففيه الشفعة بالدية . فإن كانت العاقلة أهل إبل ، أخذه بقيمة الإبل ، أو أهل ورق أو ذهب ، فبذهب أو ورق ، ينجم ذلك على الشفيع كالتنجيم على العاقلة ، الدية في ثلاثة أعوام : ثلثها في عام ، وثلثاها في عامين ، والنصف [قال مرة : يؤجل عامين[3] ، وقال][4] مرة : يجتهد فيه الإمام [على قدر ما يرى ، ولم يحد فيه حداً .

---

(١) في ز : تمام الخيار بيع قبل ما تم الخيار .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) وهو المشهور الذي عليه المذهب ، وهو اختيار ابن القاسم من قولي مالك ـ كما سيأتي بعد قليل ـ ، قال الدردير : والراجح أن النصف ينجم في سنتين في كل سنة ربع . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٨٥/٤) .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ك . والمثبت من هـ و ط .

قال ابن القاسم :][1] ثم كذلك يؤجل به الشفيع ، وبأول قوله ـ إن نصف الدية يقطع في عامين ـ أقول[2] .

[في الشفعة في الشقص المكري به أو المصالح عليه من كفالة أو قذف]

ومن اكترى إبلاً إلى مكة بشقص ، ففيه الشفعة بمثل كراء الإبل إلى مكة ، ولو آجر[3] به أجيراً سنة فبقيمة الإجارة . ولو اكترى[4] به داراً ، فبقيمة كرائها .

ومن تكفل بنفس رجل فغاب ، فصالح الطالب الكفيل على شقص ، فجائز إن عرفا مبلغ الدين ، وفيه[5] الشفعة بمثل الدين ، ويرجع الكفيل على المطلوب بالأقل من المال الذي عليه ، أو قيمة[6] الشقص . وإن لم يعرف كم الدين ، فلا يجوز[7] الصلح فيه .

ومن تكفل بنفس رجل ولم يذكر ما عليه ، جاز ، فإن غاب المطلوب ، قيل للطالب : أثبت حقك ببينة وخذه من الكفيل ، فإن لم تقم[8] بينة وادعى أن له على المطلوب ألف درهم ، فله أن يُحلِّف الكفيل على علمه ، فإن نكل حلف الطالب واستحق .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) وهو القول المشهور ـ كما تقدم قبل قليل ـ .

(٣) في هـ : استأجر .

(٤) في ز : أكرى .

(٥) في ق : قيمة .

(٦) في ك و هـ : أو من قيمة الشقص .

(٧) في جميع النسخ عدا ق : فلا يصلح .

(٨) في هـ : لم يقم .

ومن صالح من قذف على شقص أو مال ، لم يجز ، ورد ولا شفعة فيه ، بلغ الإمام أو لا ، وللمقذوف أن يعفو ما لم يبلغ الإمام ، فإذا بلغه أقيم الحد [إلا أن يريد ستراً][1][2].

[في الصلح والعفو في المقتول في حرابة]

ومن قتل قتيلاً في حرابة ، ثم أخذ قبل أن يتوب ، لم يجز فيه عفو الأولياء وإن بلغوا الإمام ، ولا صلح لهم[3] على مال ، وذلك مردود .

ومسألة الصلح من الموضحتين على شقص ، مذكورة في كتاب الصلح[4].

[في الشفعة في الغياض[5] والآجام ، وفي الدار يشتريها الرجل فيهدمها ويبنيها ثم يستحق نصفها أو يستحق شقصها]

والشفعة في الغياض والآجام إن كانت الأرض بينهما .

ومن ابتاع داراً فهدمها وبناها ، ثم استحق رجل نصفها واستشفع ، فإن دفع إليه في حصة الشفعة قيمة نصف بنيانه وإلا فلا شفعة له ، ويقال له في النصف الذي استحق : ادفع إليه قيمة نصف بنيانه أيضاً ، فإن أبى ، قيل للآخر : ادفع إليه قيمة نصف الأرض بغير بنيان إن[6]

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) سيأتي تفصيل هذه المسألة والمراد بالستر في كتاب القذف ، في آخر هذا الجزء - إن شاء الله -.

(٣) في ك : ولا مصالحتهم له . وفي ز و هـ : ولا صلحهم له .

(٤) تقدم كتاب الصلح في الجزء الثالث ، وانظر لهذه المسألة منه (٣٣٣) .

(٥) الغياض : الشجر الملتف ، والآجام مثله . انظر : المصباح (٤٥٩)، التقييد (٨٠/٦) .

(٦) في ك و ز : أو .

كان قد هدم جميع بنيانها أيضاً ، فإن أبيا[1] كانا شريكين بقيمة[2] ما لكل واحد منهما .

قال مالك : ومن ابتاع داراً فاستحق رجل منها شقصاً ، فله أن يأخذ بقية الدار بالشفعة ، فإن اصطلحوا على أن يأخذ المستحق بالشفعة بيتاً من الدار بما يصيبه من الثمن بعد تقويم جميع الدار ، فذلك جائز .

[في شفعة أحد المتفاوضين فيما باعه الآخر ، وشفعة أحد المتقارضين فيما يبيعه]

وليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة ؛ لأن بيع أحدهما يلزم صاحبه . قيل : فإن تفاوضا في الدور ؟ قال : ما أعرف المفاوضة في الدور ، فإن نزل ذلك فلا شفعة للآخر . وليس لرب المال أن يبيع شيئاً مما بيد العامل بغير أمره .

وإذا اشترى المقارض من المال شقصاً هو شفيعه ، فله الشفعة ، ولا يمنعه رب المال ، ولو كان رب المال هو الشفيع ، فله القيام أيضاً .

[في شفعة أم الولد والمأذون والمكاتب ، وفي شفعة ذات الزوج وبيعها]

ولأم الولد والمكاتب الشفعة ، وللعبد المأذون [الشفعة][3]، وإن لم يكن مأذوناً فذلك لسيده ، إن أحب أخذ الشفعة لعبده أو ترك ، وإن سلّمها المأذون ، فلا قيام

(١) في هـ : أبى .
(٢) في ك و ز : بقدر .
(٣) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

لسيده[1] ، ولو أراد أخذها المأذون[2] وسلمها السيد ، فإن لم يكن العبد مدياناً ، جاز تسليم السيد ، [وإن كان مدياناً وله فيه فضل ، فلا تسليم للسيد][3] ، ولو سلمها المكاتب لزمه ولا أخذ للسيد .

ولذات الزوج تسليم شفعتها ولها الشراء والبيع ، ولا يمنعها الزوج من ذلك ، ولا من أن تتجر ، فإن حابت في الشراء والبيع ، فذلك في ثلثها ، فإن جاوزته ، بطل جميعه إن لم يجزه الزوج ، وليس لأحد رد محاباتها إذا لم تكن سفيهة في عقلها ولم يول عليها غير الزوج . وفي كتاب الكفالة [شيء][4] من هذا[5] . وتورث الشفعة عن الميت .

[في الإعمار[6] على عوض والشفعة فيه ، وفيمن تصدق على رجل بدار على أن ينفق عليه]

ومن أعمر عمرى على عوض ، لم يجز ، ورُدَّ ولا شفعة فيه ؛ لأنه كراء فاسد ،

---

(١) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : كما لو أسلم المديان الشفعة لم يكن للغرماء رد ذلك .

(٢) في ق : ولو أخذها المأذون . وهذا الذي في نسخة الزرويلي ، وفي المدونة : « ولو طلب العبد الأخذ » وقد نقل الزرويلي تعقيباً لعبد الحق على اختصار البراذعي على ما في هذه الرواية ، فقال عبد الحق : وليس في الأمهات : أخذها المأذون ، وإنما في الأمهات : طلب العبد الأخذ ولو كان العبد قد أخذ ـ كما نقل أبو سعيد ـ لمضى ذلك ولم يكن للسيد متكلماً . انظر : التقييد (٨١/٦) ، المدونة (٤٤٨/٥) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز . وقوله : وله فيه . ساقط من ك .

(٤) سقطت من ز .

(٥) يريد كتاب الحمالة ، وهما بمعنى واحد . وقد تقدم في بداية هذا الجزء ، انظر (ص ١٣) .

(٦) سيأتي معنى الإعمار في كتاب الحبس ، وأنه تمليك منفعة شيء لإنسان طيلة عمره أو مدة حياته .

ويرد المعمر الدار [الذي أُعمرها][1] ، وإن استغلها رد غلتها ، وعليه إجارة ما سكن ؛ لأن ضمانها من ربها ، ويأخذ عوضه .

ومن تصدق على رجل بدار على أن ينفق عليه حياته ، فهذا بيع فاسد ، والغلة للمتصدق عليه ؛ لأنها في ضمانه ، ويرجع بما أنفق ويرد الدار .

ولو هلكت الدار بيده بغرق أو غيره ، ضمن قيمتها يوم قبضها ، وتجوز الهبة غير مقسومة .

[في القول في شفعة دور القرى ، ومن أقر أنه اشترى من غائب]

والشفعة في دور القرى ، كهي في دور المدائن .

وإن أقر رجل أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب ، فقام الشفيع ، فلا يقضى له بالشفعة بإقرار هذا حتى تقوم بينة على الشراء ؛ لأن الغائب إذا قدم فأنكر[2] البيع [كان له][3] أن يأخذ داره ويرجع على مدعي الشراء[4] إذا قدم بكراء ما سكن ، وإذا قضى بها قاض للشفيع بإقرار [هذا][5] ، لم يرجع عليه الغائب بذلك ، ولا على مدعي الشراء ، فيبطل حق الغائب في الغلة [والدار][6] بلا بينة .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من باقي النسخ عدا ق .

(٢) في ز : أنكر .

(٣) سقطت من ك . في ز : فله .

(٤) في ك : مدعي الشراء الغائب .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

[في شهادة الأقرباء والنساء في الوكالة والشفعة وتزكيتهن للرجال والنساء]

ومن لا تجوز شهادته من القرابة لقريبه ، فلا يجوز [له][1] أن يشهد له أن فلاناً وكله على شيء ، ويجوز أن يشهد أنه[2] وكل غيره .

وما لا تجوز فيه شهادة النساء من عتق ، أو طلاق ، أو قتل ، فلا تجوز شهادتهن على الوكالة فيه . وتجوز شهادتهن في الأموال أو في الوكالة عليها .

وتجوز شهادتهن في الوكالة على أخذ الشفعة ، أو تسليمها ، أو على أنه شفيع ، أو يشهدن[3] على المبتاع أنه أقر بأن فلاناً شفيع هذه الدار ، فذلك جائز ؛ لأنه مال ، فكل ما جازت فيه شهادتهن ، جاز أن يشهدن على الوكالة فيه .

ولا تجوز تزكيتهن على حال للرجال ولا للنساء في شهادة مال ولا غيره .

[في أخذ الوصي بالشفعة للحمل]

ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل ؛ إذ لا ميراث له حتى يولد ويستهل . وفي كتاب التجارة بأرض الحرب[4] ، ذكر العبد يسلم والزوجة والسيد والزوج الغائب .

[في حكم بيع الرجل المسجد الذي يبنيه على ظهر بيته أو في أرضه وما حبسه]

ومن بنى مسجداً على ظهر بيته ، أو في أرضه على وجه الصدقة ، والإباحة ، أو حبس عرصة له ، أو بيتاً في المساكين ، أو على المسلمين ، لم يجز له بيع ذلك .

---

(١) سقطت من ك و ق .

(٢) في ز : إذا .

(٣) في هـ : ولو شهدن . وفي ز : أو شهدن .

(٤) وقد تقدم في الجزء الثالث ، انظر لهذه المسألة منه (ص ٢٥٦) .

[في الشفعة في الحائط والدار لأحدهما علوها وللآخر سفلها وفي أرض العنوة والصلح]

وإذا كان حائط بين رجلين فباع أحدهما حظه منه ، فالشفعة [فيه][1] لشريكه ، وإن ملكه أحدهما وللآخر فيه حمل خشب ، فلا شفعة فيه لمن له الحمل . ومن له علو دار ولآخر سفلها فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر منها[2]. ولا شفعة في أرض العنوة ولا يجوز بيعها .

وأما أرض الصلح تباع ، فإن كان على أنِ خراج الأرض باق على الذمي البائع ، فجائز وفيه الشفعة إن شركه[3] مسلم ، فإن شرط الخراج على المبتاع المسلم ، لم يجز ، إذ بإسلام الذمّيّ ينقطع الخراج عنه وعن الأرض ، فهذا غرر مجهول[4].

[في بيعه الأرض على أن على المبتاع في كل عام شيء يدفعه]

ولا ينبغي لرجل أن يبيع أرضاً من رجل ، على أن على المبتاع كل عام شيئاً يدفعه .

[فيمن اشترى أرضاً ونخلاً في صفقة ، أو دارين في صفقة واحدة ، واستحقاق بعض ذلك]

ومن اشترى أرضاً ونخلاً في صفقة ، والأرض أرض النخل فاستُحق من النخل شيء [يسير][5]، وضع عنه حصته من الثمن ، ولزمه البيع في الباقي .

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) في ق : منهما .

(٣) في ز : شرطه .

(٤) في ز و هـ : فهذا مجهول وغرر .

(٥) سقطت من ك و هـ . وفي ز : شيئاً يسيراً .

وإن استُحق من النخل كثير ، فله رد جميع ذلك ، أو التماسك بما بقي في يديه ، ويأخذ من الثمن بقدر ما استحق ، وإن كانت الأرض على حدة ، والنخل على حدة فابتاعهما[1] في صفقة [واحدة][2] ، ثم استحق بعض النخل ، فإن كان ما استحق منها وجه صفقته ، وفيه رجاء الفضل ، فله رد جميع ذلك ، وإن لم يكن وجه الصفقة ، كان له رد جميع النخل خاصة إن كان المستحق منها أكثرها ، وإن كان تافهاً فإنما ينتقض من الصفقة [بقدر][3] حصة ذلك ، ويرجع بما يصيبه من الثمن ، وتصح بقية الصفقة .

وإن ابتاع دارين في صفقة ، فاستحق بعض واحدة ، وهي ليست بوجه ما اشترى ، فإن كان ما استحق من هذه الدار تافهاً منها ، رجع بحصته من الثمن فقط ، وإن كان أكثر تلك الدار وهو ضرر ، رد تلك الدار فقط بحصتها[4] من الثمن ، ولا يرد الأخرى ، فإن كانت وجه الدارين فاستحق جلها أو ما فيه ضرر ، رد الدارين بذلك ، وإن استحق منها تافهاً لا ضرر فيه ، رجع بحصته من ثمن الدارين فقط .

[فيمن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه ، وصلح الزوجة والورثة ، والشفعة في ذلك]

ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه ، فإن جهلاه جميعاً[5] جاز ذلك .

---

(١) في ز و هـ : فابتاعها .

(٢) سقطت من ز و ك .

(٣) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٤) في ز : بحصتهما .

(٥) في هـ : جميعاً أو عرفاه جميعاً .

وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه ، فإن لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه ؛ [لأن الصلح لا يجوز فيه المجهول][1].

[وكذلك][2] الزوجة إذا صالحت الورثة على ميراثها ، فإن عرفت هي وجميع الورثة مبلغ التركة ، جاز الصلح ، وإن لم يعرفوه ، لم يجز .

وإن ادعيت سدس دار بيد رجل فأنكر ، فصالحك منه على شقص من دار له أخرى دفعه إليك[3] ، فالشفعة في الشقص الذي لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه ؛ لأن قابضه مقر أنه[4] اشتراه ، ودفع في ثمنه السدس المدعى فيه .

ولا شفعة في الشقص المدعى فيه ؛ لأن قابضه يقول : إنما أخذت حقي وافتديته بما دفعت فيه ، ولم أشتره .

[في الذي يدعي أن رجلاً قتل دابته فيصالحه على شقص ، والشفعة في ذلك]

ومن ادعيت عليه أنه قتل دابتك ، فصالحك على شقص ، ففيه الشفعة بقيمة الدابة ، والقول قولك في قيمتها ولا تكلف صفتها ؛ لأن مالكاً قال في الذي يشتري داراً بعرض فيفوت العرض : إن القول فيه قول المشتري ، ويقال للشفيع : خذ بذلك أو دع ، ولم يقل مالك : يقال له : صف[5] ، فإن ادعى في قيمة ذلك العرض ما لا يشبه ، صدق الشفيع فيما يشبه .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) وردت هذه العبارة في ك هكذا : على شقص دفعته إليه من دار لك أخرى . وفي هـ : شقص دفعه إليك من دار له أخرى . وفي ز : شقص دفع إليك من دار له أخرى .

(٤) في ك : به .

(٥) في ك : ولم يقل له مالك صف .

[في الهبة للّقيط وقبضها ممن هو في حجره ولم يجعله السلطان وصياً ولا ناظراً عليه]

قيل : فما وُهِب للقيط أو تُصدق به عليه ، أيكون الذي [هو][1] في حجره قابضاً له ولم يجعله له السلطان ناظراً ولا وصياً ؟ قال : نعم ؛ لأن مالكاً قال : من تصدق على غائب بصدقة ودفعها إلى أجنبي ليحوزها له والغائب غير عالم بالصدقة ، إن ذلك جائز .

[في الشفعة فيما اشتري بمال مغصوب]

ومن غصب عبداً فابتاع [به][2] شقصاً ، فلا قيام للشفيع مادام العبد لم يفت ، فإن فات فوتاً يجب به على الغاصب قيمته فللشفيع الأخذ بقيمة العبد يوم اشترى به الدار .

ولو غصب ألف درهم ، فابتاع بها شقصاً ، فالشراء جائز ، وللشفيع الشفعة مكانه وعلى الغاصب مثلها ، وإن وجدها المغصوب منه بعينها بيد البائع وأقام عليها بينة أخذها ورجع البائع على المبتاع بمثلها ، والبيع تام .

[في المبتاع يدعي أنه بنى في الدار فيكذبه الشفيع ، والموهوب له الشقص يقول له الشفيع : أخاف أن تكون ابتعته]

وإذا ادعى المبتاع أنه بنى في الدار [بناءً][3] ، فأكذبه الشفيع ، فالمبتاع مدع ، وعليه البينة .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من ك و هـ .

والموهوب له الشقص والمتصدق به عليه يقول له الشفيع : أخاف أنك ابتعته منه أو عاوضته فيه سراً ، وأردتما[1] قطع الشفعة بما أظهرتما ، فاحلف ، فإن كان ممن يتهم أحلفه وإلا لم يحلفه .

[في الدار أو النخلة بين الرجلين نصفين يبيع أحدهما نصفه قبل القسم بغير أمر شريكه]

وإذا كانت دار بين رجلين بنصفين ، فباع أحدهما نصفاً منها بعينه[2] قبل القسم بغير أمر شريكه ، ثم قدم الشريك ، فله نصف المبيع ، فإما أجاز بيعه وإلا أخذ منه حصته وأخذ باقيه بشفعته إن شاء ، ودفع نصف الثمن إلى المشتري ، ويرجع المشتري بنصف الثمن الباقي[3] إن شاء[4] على البائع ، ثم يقاسم الشفيع شريكه النصف الباقي إن شاء ، قيل : فلم[5] لا يقاسم هذا الذي لم يبع شريكه الذي باع ، فإن وقع النصف المبيع في حصة بائعه مضى عليه ؟ قال : لا ، ولكن يفعل كما ذكرنا .

[6] والنخلة بين الرجلين يبيع أحدهما حصته منها ، فلا شفعة لصاحبه فيها .

---

(١) في ز : أردت .

(٢) في ز : باع أحدهما نقضها بعينه .

(٣) في هـ : الثاني .

(٤) سقطت من ز و هـ .

(٥) في ز و هـ : أفلا .

(٦) في هـ : قال مالك .

[في الرجل له امرأتان فيحلف للأولى بطلاق الثانية إن آثرها عليها فيطلق الأولى]

ومن تزوج امرأة على امرأة له أخرى ، فحلف للأولى بطلاق الثانية إن آثر الثانية عليها ، ثم طلق الأولى ، فإن الثانية تطلق عليه ؛ لأنه لما طلق الأولى فقد آثر الثانية عليها[1].

[في الدار بين رجلين فيُحبِّس أحدهما نصيبه على رجل وولده وولد ولده والشفعة فيها]

وقال مالك في دار بين رجلين ، حبس أحدهما نصيبه على رجل ، وولده [وولد ولده][2] ، فباع شريكه في الدار نصيبه ، فليس للذي حبس ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة ، إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الأول .

تم كتاب الشفعة بحول الله وعونه

* * *

---

(١) هذه المسألة - كما ترى - لا يبدو وجه علاقة بينها وبين هذا الكتاب (كتاب الشفعة) ، وإنما هي ضمن مسائل الطلاق أو الأيمان ، وهي ليست في هذا الموضع في المدونة ، ولا أدري كيف وضعها البراذعي هنا ؟! مع أن الذي عهدنا منه هو ترتيب المسائل وردها إلى أبوابها .

(٢) سقطت من ك .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب القَسْم[1] ﴾

[في بيع الميراث]

قال مالك[2]: ومن باع من رجل مورثه من هذه الدار ، فإن عرفا مبلغه جاز وإن لم يسمياه ، وإن جهله أحدهما أو كلاهما ، لم يجز . وإن تصدق بذلك أو وهبه ، جاز وإن لم يسمه .

وإن ورث رجلان دارين ، فباع كل واحد منهما من صاحبه نصيبه في إحداهما بنصيب الآخر في الأخرى ، فإن عرف كل واحد نصيبه ما هو من نصيب[3] صاحبه ، جاز وإن لم يسمياه .

وكذلك إن رضيا بأن يأخذ أحدهما بمورثه نصف إحدى الدارين وثلث الأخرى ، ويسلم بقيتهما[4] لصاحبه ، فإن جهل أحدهما مبلغ

---

(١) عرف ابن عرفة القسمة بأنها : « تصيير مشاع من مملوك مالكين معيَّناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض » ، قال الزرويلي : وهي تمييز حق على الصحيح من مذهبنا وأقوال أئمتنا وإن كان أطلق عليها مالك أنها بيع ، واضطرب فيها رأى ابن القاسم وسحنون ، ولا خلاف في لزومها إذا وقعت على الوجه الصحيح . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٥٢٣)، التقييد (٨٧/٦) .

(٢) سقطت من ز و ك .

(٣) في جميع النسخ عدا ق : ونصيب .

(٤) في ز : بقيتها .

حقه منهما[1] ، لم يجز ، كما لا يجوز صلح الزوجة على مورث لها في دار لا تعلم مبلغه .

[في القسمة في الدور بمفردها أو معها ممرات وحوائط وقرى وأقرحة[2]]

ولو أن داراً بين ثلاثة رجال رضوا بأن يأخذ أحدهم بيتاً من الدار على أن يكون للآخرين بقية الدار ، جاز ذلك ، وإنما لا يجمع بين[3] رجلين في القسم بالسهم ، ومن اشترى من رجل ممراً في داره من غير أن يشتري من رقبة البنيان شيئاً ، [جاز ذلك][4] .

وإن اقتسم رجلان داراً بينهما ، فأخذ هذا طائفة وهذا طائفة ، على أن الطريق لأحدهما وللآخر فيه الممر ، أو اقتسماها[5] على أن يأخذ أحدهما الغرف والآخر السّفل ، أو على أن يأخذ[6] كل واحد منهما طائفة[7] من الدار ، فذلك كله جائز ولهما لازم ، ولا رجوع لأحدهما وإن لم تنصَّب الحدود ؛ لأن هذا بيع من البيوع .

---

(١) في ز و ق : منها .

(٢) الأقرحة : ـ بفتح الهمزة وسكون القاف وكسر الراء فحاء مهملة ـ جمع قَرَاح ـ بفتح القاف ـ أي أرض زراعة ، ليس عليها بناء ولا فيها شجر ، وقد فسرها المصنف ـ كما سيأتي هنا ـ بالفدادين . انظر : منح الجليل (٧/٧٢٨) .

(٣) في ك : بينهم .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ق و هـ و ز .

(٥) في ق : اقتسما داراً . وفي ز : اقتسماه . والمثبت من ك و هـ .

(٦) في ز : أحد .

(٧) في ز : طائفته .

وإذا كان بين قوم دور أو قرى ، أو حوائط ، أو أقرحة - وهي الفدادين - فشاء بعضهم جمع كل صنف من ذلك في القسم ليجتمع له حظه في موضع ، وقال آخرون : بل نقسم كل دار أو حائط أو قريح[1] على حدة ، فإن كانت الدور في النفاق والرغبة في مواضعها والتشاح فيها سواء وكان بعضها قريباً من بعض ، جمعت في القسم ، وإن اختلفت مواضعها قسمت كل دار على حدتها ، إلا أن تتفق [داران منها أو ثلاث في الصفة والنفاق لا في مواضعها ، فتجمع المتفقة][2] في القسم ، ويقسم باقيها كل دار على حدة .

وكذلك الداران في المصر ، فواحدة بناحية منه وأخرى بناحية [أخرى][3] ، فإن تساوى الموضعان في الرغبة والتشاح ، جمعا[4] في القسم ، وإن اختلفا أو كان بين الدارين مسيرة يوم أو يومين وتساوى الموضعان في الرغبة [والتشاح][5] والنفاق ، لم يجمعا في القسم .

وإذا تشاح الورثة في دار من دور الميت كانوا يسكنونها[6] ، فأراد كل وارث أخذ حظه منها ، وترك الميت [دوراً][7] غيرها [بالبلد ، ودوره في المواضع][8]

(١) في هـ : ونحوه . وفي ز : أو قرح . وسقطت من ق .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٣) سقطت من ك وهـ .

(٤) في ك : جميعاً .

(٥) سقطت من ز .

(٦) في ق : يسكنوها . والمثبت من باقي النسخ ، لعدم وجود موجب لحذف النون .

(٧) سقطت من ز .

(٨) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

والتشاح فيها سواء ، وهذه [الدار][1] في موضع غير موضع بقية دوره ، [فلتقسم هذه الدار بينهم وحدها ، فيأخذ كل واحد منهم نصيبه فيها ، ثم يجمع في القسم بقية دوره][2] المتفقة في النفاق والتشاح على مواضعها ، وبعضها قريب من بعض .

[في القسمة في القرى والأراضي وفيها الدور والماء والشجر والثمر]

قال : وأما القرى والأرضون فما تقارب [منها][3] في أماكنه وتساوى في كرمه[4] من قرى كثيرة ، أو حوائط ، أو أقرحة ، جمع في القسم . والمِيْلُ[5] وشبهه بين[6] ذلك ، قريب[7] .

وإن تباعد ما بين كل قرية ، أو حائط ، أو قريح ، فكان بينهم[8] مثل اليوم واليومين ، لم يجمع في القسم ، وإن اتفقت في الكرم والنفاق ، وتقسم كل قرية [أو[9] حائط][10] أو قريح على حدة ، وإن تقاربت الأماكن واختلف النفاق ، لم تجمع .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) سقطت من ق .

(٤) أي في نفاسته وعزّه . انظر : المصباح (٥٣١) .

(٥) في ز : والنخل والأرض والميل .

(٦) في ك : في .

(٧) وردت هذه الجملة في ز هكذا : والميل وشبه ذلك قريب .

(٨) في جميع النسخ ما عدا ق : بينهما .

(٩) في ك : على .

(١٠) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

وإن كانت قرية ذات دور ، وأرض بيضاء وشجر ، فليقتسموا الدور والأرض على ما وصفنا ، وأما الأشجار فإن كانت مختلفة ، مثل : تفاح ورمان وأُترج وغيرها ، وكلها[1] في جنان[2] واحد ، فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة ، كالحائط يكون فيه البرني ، والصيحاني ، والجعرور[3] ، وأصناف التمر ، فإنه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع .

وإن كان كل صنف من تفاح ورمان وغيره في جنان على حدة ، قسم بينهم كل جنان على حدة ، بالقيمة إن انقسم .

وإذا ورث قوم أراضي وعيوناً كثيرة ، فأراد أحدهم قسمة[4] [كل عين وأرض][5] ، وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك ، فإن استوت الأرض في الكرم وتقاربت أماكنها ، واستوت العيون في سقيها الأرض ، جُمعت في القسم ، وإن اختلفت الأرض في الكرم ، والعيون في الغور[6] ، قسمت كل أرض وعيونها على حدة .

وإن ورثوا أرضاً فيها شجر مفترقة ، فليقتسموا الأرض والشجر جميعاً . ولو أفردنا قسمة الأصول ، وقعت أصول الرجل في أرض غيره .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ك : مكان .

(٣) البرني والصيحاني من أنواع التمور ، وقد تقدم شرحهما . والجعرور نوع رديء من التمر . انظر : المصباح (١٠٢) .

(٤) في ز : قسمة ذلك .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) في ز و هـ : الغزر .

وإن ورثوا قرية على أجزاء[1] مختلفة ، ولها ماء ومجرى ماء ، ورثوا أرضها وماءها وشجرها وشربها ، قسمت الأرض بينهم على قدر مواريثهم منها ، ولا يقسم [مجرى][2] الماء ، ويكون لهم من الماء على قدر مواريثهم [منه][3].

وكل شركاء في قلد[4] [من الأقلاد][5] يبيع أحدهم نصيبه منه ، فشركاؤه دِنْية[6] أحق به بالشفعة دون [سائر][7] شركائهم في الماء ، والدنية : هم أهل وراثة يتوارثون [بالشفعة][8] دون شركائهم ، وإن قسموا الأرض خاصة ثم باع أحدهم حظه من الماء ، فلا شفعة فيه . وقد تقدم هذا في الشفعة[9].

---

(١) في ز : أخرى .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ق .

(٤) القِلْدُ : ـ بكسر القاف وسكون اللام ـ الحظ من الماء ، ويطلقونه على القِدْر المملوءة ماء المثقوبة من أسفلها المتعلقة حتى يفرغ الماء الذي فيها ، وأصله الماء المجعول فيها ، ثم استعمل فيها للعلاقة الحالية ، ثم صار حقيقة . انظر : القاموس (١/٤٥٢)، منح الجليل (٧/٢٨٣) .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٦) دِنْية : ـ بكسر الدال وسكون النون وكسر الياء فهاء ـ ، أي الأقربون ، كأبناء عمومته الوارثين . انظر : القاموس (٢/١٦٨٤) .

(٧) سقطت من هـ .

(٨) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٩) تقدم كتاب الشفعة قبل هذا الكتاب ، انظر (ص ١٥٥) .

قيل : [فمن][1] ادعى في دار بيد غائب أنه وارثها مع الغائب ، أو أنها لأبيه[2] لا حق للغائب فيها ، وأقام بينة ؟ قال : سمعت من يذكر عن مالك أنه لا يقضى على الغائب في الدور .

قال ابن القاسم : وهو رأيي[3] إلا في البعيد الغيبة ، مثل : الأندلس أو طنجة ، وما بَعُدَ فليقض عليه السلطان . وإن كانت الغيبة [قريبة][4] مثل ما يسافر الناس إليه ويقدمون مما ليس بالمنقطع [الغيبة][5] ، فليكتب إليه الإمام فليوكل أو يَقْدُم . ولا يقيم الإمام لغائب أو طفل وكيلاً يقوم بحجته .

[في قسمة الثمار والبقل]

وإذا ورث قوم [أرضاً و][6] شجراً ونخلاً ، وفيها ثمر [وزرع][7] ، فلا يقسموا الثمر مع الأصل[8] ، وإن كان الثمر بلحاً أو طلعاً ، ولا يقسم الزرع مع الأرض ، ولكن تقسم الأرض والأصول ، ويترك الثمر والزرع حتى يحل بيعهما ، فيقسموا[9]

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز و هـ : أو أنه ورثها عن أبيه .

(٣) وهو الذي عليه المذهب . انظر : منح الجليل (٣٧٣/٨).

(٤) سقطت من ق و ز .

(٥) سقطت من هـ و ز .

(٦) سقطت من ق و هـ و ز .

(٧) سقطت من ق و ز و هـ .

(٨) في هـ : فلا يقتسموا الثمار مع الأرض .

(٩) في هـ : فيقتسمون ، وفي ز : فيقسمون .

ذلك حينئذ كيلاً ، أو[1] يبيعوه ويقتسموا[2] ثمنه على فرائض الله ، ولا يقسم الزرع [الذي طاب][3] فدادين ولا مذارعة ولا قتاً[4] ، ولكن كيلاً ، ويدخل في قسم الزرع مع الأرض طعام وأرض بطعام وأرض . وإنما يجوز بيع الزرع مع الأرض بعين أو عرض لا بطعام ، كان الزرع أقل من ثلث قيمة الأرض أو أكثر .

وأما ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب وحل بيعه واحتاجوا إلى قسمته ، فإن كانت حاجتهم إليه واحدة ، مثل أن يريدوا كلهم أكله أو بيعه رطباً ، فلا يقسم بالخرص ولكن كيلاً ، وإن اختلفت حاجتهم [إليه][5]: فأراد بعضهم بيعه ، و[أراد][6] آخر أكله رطباً ، وآخر تَيْبِيسَه ، قُسّم بينهم بالخرص إن وجدوا من يعرف الخرص ، وعلى كل واحد سقي نخله وإن كان ثمرها لغيره ، إذا كانوا قد اقتسموا[7] الأصل قبل الثمرة ؛ لأن على صاحب الأصل[8] سقيه إذا باع ثمرته ، وإن لم يطب ثمر النخل والعنب ، فلا يقسم بالخرص ، ولكن يجذونه فيقسمونه كيلاً .

---

(١) في ق : و .

(٢) في ق : يقسموه . وفي هـ : يقتسمون . وفي ز : يقسموا .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٤) مذارعة : أي بالذراع . وقتّاً : أي حِزَماً ، فلا تجوز قسمته بالذراع ولا بالحزم . انظر : منح الجليل (١٧٤/٧)، القييد (٩٠/٦) .

(٥) سقطت من ق و ك و ز .

(٦) سقطت من ق و ك و ز . وفي ز : والآخر .

(٧) في جميع النسخ عدا ق : قسموا .

(٨) في ز و هـ : الأرض .

قال ابن القاسم : ولا يقسم البقل القائم بالخرص ، وليقسم ثمنه ، ولا يقسم شيء مما في رؤوس الشجر من الفواكه والثمار بالخرص ، وإن اختلفت فيه الحاجة ، إلا في النخل والعنب إذا حل بيعهما واختلفت حاجة أهلهما[1] كما ذكرنا ؛ لأن أمر الناس إنما مضى على الخرص فيهما خاصة . وسألت مالكاً عما روي عنه من إجازة ذلك في غيرهما من الفواكه[2]،

---

(١) في ق و ك و ز : أهله .

(٢) روى عنه ذلك : أشهب وابن نافع في العتبية ، ففيها من سماع أشهب وابن نافع : وسألت مالكاً عن الرجلين يكون بينهما الشيء من الثمار : النخل أو العنب أو التين ، فيريدان اقتسام ذلك في رؤوس الشجر بالخرص ، فقال : لا بأس باقتسام ذلك كله في رؤوس الشجر من النخل والعنب أو التين أو الثمار ، كلها إذا وجد من يعرف ذلك ويحسنه ، وإنما يجوز ذلك إذا طابت الثمرة وحلّ بيعها ، فأما قبل أن يحل بيعها ، فلا يصلح ذلك ، وإنما يقسم ذلك إذا طاب وحل بيعه بالخرص .

قال ابن رشد : ساوى في هذه الرواية بين ثمار النخل وسائر الثمار كلها من العنب والتين وغير ذلك مما يجوز فيه التفاضل ومما لا يجوز ، في جواز قسمة ذلك بالخرص إذاختلفت الحاجة في ذلك ، خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة ، وروايته عن مالك في أن القسمة في ذلك لا تجوز على الخرص مع اختلاف الحاجة إلا في العنب والنخل . . . وإلى هذه الرواية أشار في المدونة بقوله : وذلك أنه ذكر بعض أصحابنا أن مالكاً أرخص في قسم الفواكه بالخرص ، وهذه الرواية أظهر وأصح في المعنى من رواية ابن القاسم عن مالك ؛ لأنه إذا جاز التحري والخرص فيما لا يجوز فيه التفاضل لضرورتهم إلى ذلك من أجل اختلاف حوائجهم فأحرى أن يجوز ذلك فيما يجوز فيه التفاضل ولا تدخله المزابنة .

قلت : والذي مشى عليه خليل في مختصره رواية ابن القاسم حين قال عاطفاً على ما لا يجوز القسم فيه بالخرص : « أو في أصله بالخرص كالبقل إلا التمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله » .

انظر : البيان والتحصيل (١٢/١٢٠ - ١٢١)، المدونة (٥/٤٦٧)، منح الجليل (٧/٢٧٨)، مختصر خليل (٢١٨) .

[فقال : لا أرى ذلك[1] ، ثم سألته غير مرة فأبى أن يرخص لي فيه[2]][3] .

ولا خير في بيع فدان كراث بفداني كراث ، أو سريس[4] ، أو خس ، أو سلق[5] ، إلا أن يجذ الجميع قبل التفرق .

وكذلك لا خير في بيع ثمرة قد طابت في رؤوس النخل ، بثمرة مخالفة لها يابسة ، أو هي في شجرها مزهية ، إلا أن يجذا ما في الشجر من ذلك قبل أن يتفرقا .

وإن جذ أحدهما وتفرقا قبل أن يجذ الآخر ، لم يجز ، وكذلك لو اشترى ما في رؤوس النخل بحنطة ، فدفعها وتفرقا قبل الجذاذ ، [لم يجز][6] .

[في بيع حائط بحائط وفيهما ثمر ، وقسمة الزرع والبلح والرطب]

ومن باع حائط نخل بمثله ولا ثمر فيهما ، أو في أحدهما ثمر مزه أو غير مزه ولا شيء في الآخر ، فذلك جائز ، وإن كان فيهما طلع قد أُبر ، أو بلح ، أو تمر قد أزهى ، أو رطب ، فلا خير[7] في أن يشترط كل واحد ثمرة صاحبه مع أصلها ، فإن

---

(١) في ك و ط : فأنكره .

(٢) في ق : يرخص له فيه .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ط .

(٤) السريس : قال الزرويلي : نوع من الخضر البستانية . انظر : التقييد (٦/٩١) .

(٥) الخس : نوع من البقل . والسلق : نوع من الخضار ، وهما معروفان . انظر : المصباح (١٦٩ ، ٢٨٥).

(٦) سقطت من ق .

(٧) قوله : « فلا خير فيه » في هذه المواضع كلها على الحرمة ، كما تقدم معنا أن « لا خير فيه » في المدونة ، دائماً بمعنى الحظر ، كما يدل عليه ظاهر اللفظ ، وهو نفي جنس الخيرية .

تبايعا الأصلين دون ثمرتهما واشترط أحدهما ثمرة الآخر ولم يشترط الآخر شيئاً ، جاز ذلك فيهما [إذا كانت ثمرتاهما[1] مأبورة][2] ، وإن لم تؤبر لم يجز التبادل فيهما بحال ؛ لأن الثمرة إن استثناها بائعها ، لم يجز ، وإن لم يستثنها وبقيت تبعاً دخله التأخير في بيع الطعامين . وإن أبرت ثمرة أحدهما ولم تؤبر ثمرة الآخر ، جاز أن يبيع أحدهما لصاحبه[3] إن بقيت المأبورة خاصة لربها ، وإن اشترطها الذي لم تؤبر ثمرته ، لم يجز .

وأصل ما كره[4] مالك من هذا أن النخل إذا كان فيها بلح ، أو طلع ، أو رطب ، أو تمر ، لم يصلح بيعها بما في رؤوسها بشيء من الطعام ، إلا أن يجذ ذلك ويتقابضا قبل التفرق ، فيجوز إذا كان الطعام مخالفاً لثمر النخل . ويجوز بيعها مع ثمرها بعين أو عرض .

ولا بأس بقسمة الزرع قبل أن يبدو صلاحه بالتحري ، على أن يجذاه مكانهما إن كان يستطاع أن يعدل بينهما في قسمته تحرياً ، وكذلك القضب والتين[5] .

وإن ترك الزرع حتى صار حباً انتقض القسم ، وقسما ذلك كله كيلاً ، وإن

---

(١) في ق : ثمرتيهما .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

(٣) في ق و ك و هـ : بصاحبه . والمثبت من ز .

(٤) الكراهة هنا : بمعنى الحرمة ، كما يدل عليه قوله : إلا أن يجذ ذلك ويتقابضا قبل التفرق ، فيجوز إذا كان الطعام مخالفاً لثمر النخل . وانظر : التقييد (٦/٩١) .

(٥) في ز و هـ : والتبن .

حصد أحدهما حصته ، وترك الآخر [حصته][1] حتى تحبب الزرع ، انتقض القسم ؛ إذ لا يجوز بيع ذلك على أن يترك إلى طيبه ، وليرد الذي حصد قيمة ما حصد .

[قال ابن القاسم :][2] فتكون تلك القيمة مع الزرع القائم بينهما ؛ لأن القسمة ههنا بيع من البيوع .

والبلح الكبير[3] إن اختلفت حاجتهما فيه في أن يأكل هذا بلحاً ، ويبيع الآخر بلحاً ، جاز قسمه بالخرص ، وهو كالبسر في تحريم التفاضل فيه .

ومن عرف ما صار له منه ، فهو قبض فيه وإن لم يجذه ، وإن جذه بعد يوم أو يومين ، أو ثلاثة ، أو أكثر من ذلك ، جاز ما لم يتركه حتى يُزهي ، فإن ترك أحدهما حصته أو تركاه جميعاً حتى أزهى ، بطل القسم ؛ إذ لا يجوز بيع ذلك على أن يترك حتى يزهي .

وأما الذين يقتسمون الرطب بالخرص لاختلاف حاجتهم ، فللذي يأكل رطباً أن يجذ كل يوم حاجته منه ، وإن تركاه أو أحدهما حتى أتمر ، لم يبطل القسم ، وكذلك في بيعه .

ولا بأس بقسمة البسر أو الرطب ـ بعد أن يجذ ـ كيلاً ، وإن كان يختلف نقصانه إذا يبس ، فلا يضره ذلك .

ولا بأس بقسمة البلح الصغير بالتحري ، على أن يجذاه مكانهما إذا اجتهدا

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .
(٢) سقطت من ز و هـ .
(٣) في ق : والنخل والبلح الكبير .

حتى يخرجا من وجه الخطر ، وإن لم تختلف حاجتهما إليه ، وإن اقتسماه وفضل أحدهما صاحبه بأمر يعرف فضله ، جاز ذلك ، كما يجوز [التفاضل][1] في البلح الصغير ، بلح نخلة ببلح نخلتين على أن يجذاه مكانهما ، وإنما هو بمنزلة البقل والعلف .

وإن تركاه حتى صار بلحاً كبيراً ، فإن كان اقتسماه على تفاضل انتقض القسم ، وإن اقتسماه على تساو[2] وكان إذا كبر تفاضل [في][3] الكيل انتقض أيضاً ، وإلا لم ينتقض إلا أن يزهي قبل أن يجذاه ، أو قبل أن يجذ أحدهما ، أو يكونا قد جذا إلا أن أحدهما [قد][4] بقي له شيء في رؤوس النخل حتى أزهى ، فإن أكل أحدهما جميع ما صار له ، وأكل الآخر نصف حظه وبقي نصفه حتى أزهى ، بطل القسم فيما أزهى ورد الآكل قيمة جميع حظه مع نصف[5] قيمة ما جذ [صاحبه][6] ، فيقتسمان ذلك مع ما أزهى .

[في قسم اللبن في الضروع والصوف على ظهور الغنم وقسم العبيد]

[قال ابن القاسم :][7] ولا يجوز قسم اللبن في الضروع ؛ لأن هذا مخاطرة ، وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بيّن على المعروف ، وكانا إن هلك ما بيد هذا من

---

(1) سقطت من ق و ك و ز . والمثبت من هـ .

(2) في ك : تساق .

(3) سقطت من ك .

(4) سقطت من ق و ك و ز .

(5) وردت هذه العبارة في ك و ز و هـ هكذا : ورد الآكل لجميع حظه نصف قيمة .

(6) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(7) سقطت من ز و هـ .

الغنم رجع فيما بيد صاحبه ، فذلك جائز ؛ لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم .

قال ابن القاسم : ولا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم إن جزّاه الآن ، أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها ، ولا يجوز ما بَعُد .

ويقسم العبيد إذا انقسموا وإن أبى ذلك بعضهم .

[فيما يجمع في القسم من بز وماشية وغير ذلك]

ويجمع في القسم البز[1] كله ، من ديباج ، [وحرير ،][2] وخز[3]، وثياب كتان[4]، ويجمع مع ذلك ثياب الصوف[5] والأبرية[6] إذا لم يكن في كل صنف من ذلك ما يحمل[7] القسم في انفراده ، وإن كان في كل صنف من ذلك[8] ما يحمل القسم في انفراده ، قسم منفرداً .

---

(١) تقدم أن البز يطلق على مطلق الثياب ، وقيل : يطلق على الثياب الغليظة ، وقيل : البز متاع البيت . انظر : التقييد (٩٣/٦) .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ز وهـ .

(٤) في ك : وكتان . وفي ز : ثياب كتان وقطن . وفي هـ : وقطن وحرير وجباب .

(٥) في ز : ويجمع بثياب الصوف .

(٦) في بعض النسخ : أفرية . والأبرية : جمع بارية أو باري أو بارياء ، وهو الحصير ، وقيل : الحصير الغليظ . انظر : المصباح (٤٧) .

(٧) في ك : فبالجملة . وفي ق و ز : ما يحمله .

(٨) وردت هذه العبارة في ز هكذا : وإن كان في صنف كل نوع على حدة أم يجعل ذلك كله من ذلك .

وقال في باب آخر[1] بعد هذا : فيمن ترك ثياب خز ، وحرير ، وقطن ، وكتان ، وجباب ، وأكسية ، أيقسم كل نوع على حدة ، أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد ؟ قال : أرى أن يجعل ذلك كله[2] في القسم كنوع واحد ، فيقسم على القيمة ، كما يجمع الرقيق وفيها : صغير ، وكبير ، ودني ، وفاره .

وكذلك تقسم الإبل وفيها أصناف ، والبقر وفيها أصناف .

ولو ترك قُمصاً وجباباً وأردية وسراويلات ، جمع ذلك كله في القسم على القيمة ، ولا يجمع مع[3] الأمتعة والثياب ، بسط أو وسائد .

قال ابن القاسم : ولا يجمع في القسم بالسهام الخيل ، والبغال ، والحمير ، والبراذين ، ولكن يقسم كل صنف على حدة ، فالخيل والبراذين صنف ، والحمير صنف ، والبغال صنف ، والجذع يكون بين الرجلين ، والثوب الواحد والثوب الملفق قطعتين من العدني وغيره ، والباب ، والمصراعان[4] ، والخفان ، والنعلان ، والرحا ، لا يقسم شيء من ذلك إلا بالتراضي ، والساعدان ، والساقان[5][6] ، والفص ،

---

(١) القائل هو ابن القاسم ، قاله في باب ما يجمع في القسمة من البز والماشية . انظر : المدونة (٤٨٩/٥ - ٤٩٠) .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ك : من .

(٤) المصراعان : شطرا الباب الواحد ، إذا كان شطرين ، يقال لكل واحد من شطريه : مصراع ، ويقال لشطريه : مصراعان . انظر : المصباح (٣٣٨) .

(٥) في ك : الساعدين والساقين . وفي ق : الساعدان والساقان والدانان والفص . وفي هـ : والساعدان والرانان والفص . وفي ز : والساعدان والساقان والرأس والفص .

(٦) الساعدان والساقان : ما يعتلي الذراعين والساقين في الحرب ونحوه ، ويكونان من الحديد . انظر : التقييد (٩٤/٦) .

والياقوتة ، واللؤلؤة ، والخاتم ، هذا كله لا يقسم ، فإن اجتمع من كل صنف من ذلك عدد يحمله[1] القسم ، قسم كل صنف على حدة ، ولا يجمع من ذلك صنفان في القسم ، والغرارتان[2] إن لم تكن في قسمتهما فساد ، قسمتا[3] ، وإلا لم تقسما .

والحبل والخرج إذا أبى أحدهما قسمته لم يقسم .

والمحمل إذا كان في قسمته ضرر ونقص ثمن ، لم يقسم ، إلا أن يجتمعا على ذلك[4].

وتقسم الجبنة وإن أبى أحدهم كالطعام .

[فيمن هلك وترك عروضاً وديوناً على رجال ، وكيف يقسم ذلك]

ومن هلك وترك عروضاً حاضرة وديوناً على رجال شتى ، فاقتسم الورثة ، فأخذ أحدهم العروض ، وأخذ آخر الديون على أن يتبع الغرماء ، فإن كان الغرماء حضوراً [مقرين][5] وجمع بينه وبينهم ، جاز ، وإن كانوا غُيّباً ، لم يجز ؛ إذ لا يجوز شراء دين على غريم غائب .

وإن ترك ديوناً على رجال ، لم يجز للورثة أن يقتسموا الرجال فتصير ذمة بذمة ، وليقتسموا ما على كل واحد .

---

(١) في هـ : يحمل .

(٢) الغرارتان مثنى غرارة ، وهي شبه العِدل ، والجمع غرائر . انظر : المصباح (٤٤٥) .

(٣) في ز : من قسمها فساداً قسما . وفي هـ : من قسمتهما ضر ولا فساد قسمتا .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من جميع النسخ عدا هـ .

[في دعوى الغلط في القسم والبيع]

وإذا ادعى أحد الشركاء بعد القسم غلطاً ، مضى القسم[1] ويحلف المنكر ، إلا أن تقوم للمدعي بينة ، أو يتفاحش الغلط فينقض ، كمن باع ثوباً مرابحة ثم ادعى وهماً ، فلا يقبل منه إلا ببينة ، أو يأتي من رقم الثوب ما يدل على الغلط فيصدق مع يمينه ، وكذلك في القسم ، ولو قسما عشرة أثواب فأخذ هذا ستة وهذا أربعة ، ثم ادعى صاحب الأربعة ثوباً من الستة في قسمه ، لم ينتقض القسم إذا شبه قسم الناس ، وحلف حائز الستة ، وكذلك إن أقاما جميعاً البينة فتكافأت ، وكذلك الغنم .

وليس هذا كمن باع عشرة أثواب من رجل فقبضها المبتاع ثم قال البائع : لم أبع إلا تسعة وغلطت بالعاشر ، وقال المبتاع : بل اشتريت العشرة ، هذا إذا كانت الثياب قائمة انتقض البيع فيها بعد أيمانها بخلاف القسم .

[في قسمة الدار والتداعي في بيت منها أو ساحتها وقسمة الأرض على ألا طريق بينهما]

ولو اقتسما داراً فتداعيا بيتاً منها ، وليس ذلك[2] البيت بيد أحدهما ، تحالفا وتفاسخا ، ومن حاز البيت وأقام بينة ، صدق .

ومن لزمته منهما لصاحبه يمين فنكل ، لم يقض لصاحبه حتى يرد اليمين عليه .

ولو قال كل واحد [منهما][3]: حد الساحة من ههنا ، ودفع إلى جانب

(١) في ز : ذلك القسم .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ق و هـ و ز ، والمثبت من ك .

صاحبه ، فإن كانا اقتسما البيوت على حدة [والساحة على حدة][1] ، تحالفا إن لم تكن بينهما بينة ، وفسخ قسم الساحة وحدها . ولو جمعاهما في القسم تراضياً بذلك ، فسخ الجميع إذا حلفا .

وإن قسما أرضاً على أن لا طريق لأحدهما على الآخر ، وهو لا يجد طريقاً إلا عليه ، لم يجز [القسم][2] ، وليس هذا من قسم المسلمين .

[فيمن له في أرض غيره نخلة أو زرع أو نهر ونحو ذلك ، وكيفية تصرفه فيه]

وإذا انقلعت نخلة لك في أرض رجل من الريح ، أو قلعتها أنت ، فلك أن تغرس مكانها نخلة أو شجرة من سائر الشجر ، تعلم أنها لا تكون أكثر انتشاراً ولا أكثر ضرراً في الأرض من النخلة [الأولى][3] ، ولا تغرس مكانها نخلتين ، وإن كانت لك في أرض رجل نخلة ، فليس له منعك من الدخول إليها ؛ لإصلاحها ولجذاذها ، أنت ومن يلي ذلك لك ، وإن كانت أرضه مزروعة ، فلك السلوك فيها من غير ضرر له مع من يجذها لك .

وليس لك أن تجمع لذلك نفراً[4] يطؤون زرعه ، ولو كان لك في وسط أرضه المزروعة أرض لك فيها رعي ، لم يكن لك السلوك بماشيتك فيها إليه لترعاها ، ولك الدخول لاحتشاشه .

وإذا كان لك نهر ممرُّه في أرض قوم ، فليس لك منعهم أن يغرسوا في حافتيه

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) سقطت من هـ و ز .

(٤) في ز : بقراً .

شجراً ، فإذا كنست نهرك حملت على سنّة البلد في طرح الكناسة ، فإن كان الطرح بضفتيه ، لم تطرح ذلك على شجرهم إن أصبت دونها من ضفتيه متسعاً ، فإن لم يكن فبين الشجر ، فإن ضاق عن ذلك طرحت فوق شجرهم إذا كان سنة بلدهم طرح طين النهر على حافتيه .

[في طروّ الدين أو الوارث أو الوصية بعد القسم]

ومن هلك وعليه دين وترك داراً بيع منها بقدر الدين ، ثم قَسَّم الورثة باقيها ، إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم ، فتبقى لهم الدار فيقتسمونها ، وإن هلك وعليه دين وترك دوراً ورقيقاً ، وصاحب الدين غائب ، فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة ، أو لم يعلموا بالدين ، فاقتسموا ميراثه ، ثم علموا بالدين ، فالقسمة ترد حتى يُوفى الدين إن كان ما اقتسموا قائماً ، فإن أتلف بعضهم حظه وبقي[(١)] حظ[(٢)] بعضهم بيده ، فلرب الدين أخذ دينه مما بيده ، فإن كان دينه أقل مما بيده ، أخذ قدر دينه وضم ما [بقي][(٣)] بيد هذا الوارث بعد الدين إلى ما أتلف بقية الورثة ، فكان هو التركة ، فما بقي بيد الغارم كان له ، ويتبع جميع الورثة بتمام مورثه من مال الميت بعد الدين إن بقي له شيء .

ويضمن كل وارث ما أكل أو[(٤)] استهلك مما أخذ ، وما باع فعليه ثمنه لا قيمته إن لم يحاب .

---

(١) في هـ : أبقى .

(٢) في ق : حظه . وفي هـ و ز : أحدهم حظه .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) في ق : و .

قال مالك : وما مات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله عز وجل من عرض أو غيره ، فلا ضمان على من هلك ذلك بيده ، وضمانه من جميعهم . [قال][1] ابن القاسم : لأن القسمة كانت بينهم باطلة ، للدين الذي على الميت .

وإذا[2] جُني على الرقيق بعد القسم قبل لحوق الدين ، فإن جميعهم يتبع الجاني[3] لانتقاض القسم بلحوق الدين .

وإذا قسم القاضي بينهم[4] ، لم يأخذ منهم كفيلاً بما لحق من دين .

فإن قسم القاضي بينهم ثم طرأ دين ، انتقضت القسمة ، كقسمتهم بغير أمر القاضي وهم رجال .

وإذا أقر أحد الورثة بعد القسمة بدين على الميت ، فإن كان عدلاً حلف الطالب معه واستحق ، فإن قال الورثة : إنما أقر لينقض القسم ، قيل لهم : فادفعوا أنتم وهو الدين ، ويتم القسم ، وإلا أبطلنا القسم وأعطينا هذا دينه وقسمنا بينكم ما بقي[5]. فإن أخرجوا مَنَابَتَهُم من الدين وأبى المقر إلا نقض القسم قيل له : إما أخرجت منابتك من الدين ، وإلا بعنا عليك فيه ما صار لك بالقسم .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ز : ما .

(٣) في هـ و ز : يتبعون الجاني ، وفي ك : يبيع للجاني .

(٤) في جميع النسخ عدا ق : بين الورثة .

(٥) وردت في ق زيادة : وأعطينا هذا دينه . وهي ليست في باقي النسخ ، وفيها تكرار فلم نثبتها .

ولو أقر قبل القسم وحلف معه الطالب ، لم يجز لهم أن يقتسموا حتى يأخذ رب الدين دينه .

وإذا طرأ [على الورثة][1] وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم ، والتركة عين أو عرض ، فإنما يتبع[2] كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك .

ولا [يكون لهذا الوارث الذي طرأ على ورثة الميت أن][3] يتبع المليئ منهم بما على المعدم ، وليس كغريم طرأ على ورثة ، ولكن كغريم طرأ على غرماء وقد قسموا مال الميت أجمع وأَعْدَم بعضهم ، فلا يتبع المليئ إلا بما عنده من حصته في الحصاص . وهذا مذكور في كتاب المديان[4] .

وإن كانت التركة دوراً ليس فيها عين ، فاقتسمها الورثة ، ثم قدم وارث أو موصى له بالثلث ، نقض القسم ، كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة .

ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم يحملها الثلث ، كان كلحوق الدين ، إما أدّوه أو نقض القسم ، ولا يجبرون[5] على أدائه من أموالهم ، ومال الميت قائم ، وما هلك بأيديهم مما أخذوه من مال الميت بغير سببهم ، لم يضمنوه[6] .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) في ز : يبيع .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

(٤) تقدم كتاب المديان في الجزء الثالث (ص ٦١٧) .

(٥) في ك و ز : ولا يجبروا .

(٦) وردت هنا زيادة في ك ، وهي : وضمانه من جميعهم .

ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية أو الدين ، وأبى أحدهم ، وقال : انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقسموا ما بقي ، فذلك له ، وهذا إذا كان ما في يد الذي أبى قد تغير بانهدام مساكن ، أو بحوالة سوق الحيوان ، أو بنقص دخلها في أبدانها .

فأما إذا مات ما أخذ من [الحيوان و][1] الرقيق ، أو صارت المساكن خرباً[2] ، أو نحو هذا من التلف ، فلا يرجع عليه بشيء من قبل الدين .

ولا يرجع هو على من قاسمه بشيء ، ويقال للذين بقوا : إما أديتم جميع الدين[3] وتبقى قسمتكم بحالها ، وإلا نقض القسم بينكم وأديتم الدين مما [بقي][4] في أيديكم خاصة .

ولو دعوا إلى نقض القسم إلا واحداً قال : أنا أؤدي جميع الدين ، و[5] الوصية عيناً كانت أو طعاماً ، ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم ؛ لرغبته في حظه ، وقد قسموا ربعاً أو حيواناً ، فذلك له[6] .

[في القسم على الغائب والحكم عليه]

وإذا ورث قوم نصف دار والشريك غائب ، فأحبوا القسم ، فالقاضي يلي ذلك على الغائب ويعزل حظه ، وكذلك هذا في الرقيق وجميع الأشياء .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ و ز .

(٢) في ز و ك : بحراً .

(٣) في ز و ك : الثمن .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) في ك و هـ و ط : أو . والمثبت من ق و ز .

(٦) في ق و ك : فذلك نافذ .

وإنما يتوقف في الحكم على الغائب ويستأنى إذا ادعي في ربعه ، وكذلك إن كان الشريك حاضراً و[1] غاب بعض الورثة فقام الحاضرون ، أو قام موصى له بالثلث والورثة غياب ، فطلب القائم القسم ، فالقاضي يلي ذلك ويوكل من يقسم بينهم ، ويعزل نصيب الغائب ، فإن رفعوا ذلك إلى صاحب الشرطة ، فسمع منهم وقسم بينهم ، لم يجز ذلك إلا بأمر القاضي .

[في كيفية قسم الأصناف المختلفة في عروض وحيوان ودور وعين وحلي وما يجمع من ذلك وما يفرق]

ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم ، مثل أن يجعلوا [[البقر حظاً][2] ، والعروض ، حظاً و][3] الدور حظاً ، والرقيق حظاً ، ويستهموا[4] ، وإن اتفق قيم ذلك ؛ لأنه خطر ، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة ، [والبقر على][5] [حدة ،][6] والغنم على حدة ، والعروض على حدة ، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم ، [فيجوز][7] .

وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية ، وما قيمته مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ، ويقترعون . وأما بالتراضي بغير قرعة ، فجائز .

---

(١) في ك : أو .

(٢) سقطت من ز .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) في ك و ز و هـ : ويستهمون .

(٥) سقطت من ز .

(٦) سقطت من ز .

(٧) سقطت من ق و ز و هـ .

وأمـا داران في موضـع [واحـد][1] وإن تفاضلتـا في البنـاء ، كواحـدة جديـدة وأخرى قديمة[2] ، أو دار بعضها رثيث وباقيها جديد ، فذلك يجمع في القسم ؛ لأنـه صنف واحد ، منه جيد ودون[3] بالقيم ، كقسمة الرقيق على تباينها .

وكـل صنـف لا بـد مـن ذلـك فيـه ، فـإن كـان كـل صنـف مـن ذلـك لا يحملـه القسـم ، بيـع عليـهم الجميـع ، إلا أن يتراضوا علـى شـيء بغير سـهم ، فيجـوز .

ومن هلك وترك متاعاً وحلياً ، قسم المتاع بين الورثة بالقيمة ، والحلي بالوزن ، فإن قال أحدهـم : أعطوني حظكـم مـن الحلي بوزنـه ذهبـاً يـداً بيـد ، فرضـوا[4] ، جاز ذلك .

وإذا كـان في الحلي جوهـر لا يبـين[5] منـه[6] ، فـإن كـانت الفضـة أو الذهـب فيـه قـدر الثلـث فـأدنى ، أو كـانت سـيوفاً محـلاة كذلـك ، حليـة كـل سـيف منها الثلث فأدنى ، جاز قسم ذلك بالقيمة كالعروض ؛ إذ يجـوز بيـع السـيف فضتـه الثلـث فـأقل بفضـة نقـداً ، أقـل ممـا فيـه أو أكـثر . [ويجـوز أن يبـاع][7]

---

(١) سقط من ق و ز و هـ .

(٢) في هـ : رثة . في ق : دنية . وفي ز : واحداً رثه .

(٣) في ز : ورديء .

(٤) في ق : فتراضوا .

(٥) في ز : لا نفس .

(٦) في ق : مثله .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز و هـ .

بفضة[١] وعرض ، أو بسيف فضته أكثر من الثلث أو أدنى ، وكذلك القسمة .

فأما إن كان فضة كل سيف أكثر من الثلث ، لم يجز قسمتها بالقيمة ، وكذلك الحلي .

وإذا قسم القاسم بين قوم فلم يرض أحدهم بما أخرج السهم له أو لغيره ، وقال[٢]: لم أظن هذا[٣] يخرج لي ، فقد لزمه ، وقسم القاسم ماض ، كان في ربع أوحيوان أو غيره .

وكذلك إن قالوا له : غلطت ، أو لم تعدل ، مضت[٤] قسمته ونظر الإمام في ذلك ، فإن كان قد عدل في القسمة أمضاه ، وإلا رده ، ولم ير مالك قسمة القاسم بمنزلة حكم القاضي[٥].

ولا يجوز لأجنبي أن يشتري [من][٦] أحدهم ما يخرج له بالسهم من الثياب ؛ إذ لا شركة له فيها ، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز[٧] حظ الشريك خاصة ؛ لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : أو قال .

(٣) في هـ : لم أظن أن هذا .

(٤) في ز و ك و هـ : أتم .

(٥) في ك : حكم القاضي الحاكم . والمعنى أنه لم يرها مثلها تماماً في اللزوم وعدم جواز النقض ، والله أعلم .

(٦) سقطت من ز .

(٧) في ز و هـ : لتمييز .

والقسمة[1] تفارق البيوع في بعض الحالات ، وإذا دعا أحد الشريكين إلى قسمة ثوب بينهما ، لم يقسم ، وقيل لهما : تقاوياه[2] فيما بينكما أو بيعا ، فإذا استقرا على ثمن فلمن أبى البيع أخذه ، وإلا بيع .

[في قسمة الغائب]

وإذا ورثا نخلاً وكرماً ، لم يعرفاه ولم يرياه ، أو عرف ذلك أحدهما ، فرضيا أن يأخذ أحدهما الكرم والآخر النخل ، لم يجز ذلك إلا أن يكونا[3] رأيا [ذلك][4] ، أو وصف لهما .

ولا بأس أن يقتسما داراً غائبة على ما وصف لهما من بيوتها وساحتها ، ويميزا حصتيهما منها بالصفة ، كبيعها على الصفة ، ولو قسما على أن لأحدهما الخيار أياماً يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء ، فجائز ، وليس لمن لا خيار له منهما رد ، وذلك لمشترطه .

وإذا بنى من له الخيار ، أو هدم ، أو ساوم[5] للبيع ، فذلك رضى كالبيوع .

[في القسم على الصغير]

ويجوز أن يقاسم على الصغير أبوه ، أو وصيه ، الدور والعقار وغيره ، ملك

---

(١) في ز : فالقسمة . وفي هـ : فالقرعة .

(٢) تقدم معنى المقاواة في كتاب العتق ، وذكرنا أنها : تزايد الشريكين في قيمة المقوم حتى يقف على أحدهما ويسلمه له الآخر ، وتقدم لها تفسيراً آخر عن مطرف ، انظر (٢/٤٩٦) .

(٣) في ز : يكون .

(٤) سقطت من ك و ق .

(٥) في ز : سلم . وفي ق و ك : سام .

ذلك بموروث عن أمه أو بغير ذلك ، ولا يقسم الوصي بين الأصاغر حتى يرفع [ذلك][1] إلى الإمام ويراه نظراً .

وإن كان معهم [إخوة][2] أكابر ، أحببت له أن يرفع[3] [أمرهم][4] إلى الإمام ، فإن قاسم الكبار [وصي][5] للصغار دون الإمام ، جاز إذا اجتهد ، حضر الأصاغر أو غابوا ، وما صار لكل صغير منهم بقسم وصي أو قاض مع أكابر ، بقي بحاله لا تخلط أنصباؤهم بعد ذلك ، ولو غاب أحد الأكابر ، لم تجز قسمة الوصي عليه ، ولا يقسم لغائب إلا الإمام ، ويوكل بذلك ويجعل ما صار له بيد أمين . وليس لوصي الأصاغر أن يقول : ابقوا حظ الغائب[6] بيدي . وقال في الحالفة : لتقاسمنّ أخوتها أحب إليّ أن يرفعوا ذلك إلى القاضي ، فيأمر من يقسم بينهم خوفاً من الدلسة[7] فتحنث .

وإذا قاسم على الصغير أبوه فحابى ، لم تجز محاباته في ذلك ، ولا هبته ، ولا صدقته بمال ابنه الصغير ، ويرد ذلك إن وجده بعينه .

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) سقطت من ز و ق و ك .

(٣) في ز : يرجع .

(٤) سقطت من ز وهـ .

(٥) سقطت من ز و ق و ك .

(٦) في ك و ز : ابقوا الغائب .

(٧) المراد بالدلسة : التدليس ، قال عبد الحق عن بعض الشيوخ : معنى ذلك أنهم قد يظهرون القسمة ليبرؤها من اليمين ، فإذا وقع القسم بحكم سلمت ذلك ، وقيل : خوفاً من أن تغبن في القسم فيؤدي ذلك إلى نقضه ، فلا تبرّ يمينها إذا كانت قد حلفت على أمر يفوت . وانظر لهذا المعنى : التقييد (١٠١/٦) .

قال : وترد الصدقة وإن كان الأب موسراً ، فإن فات ذلك عند المعطى وتلف ضمنه الأب إن كان موسراً ، يوم يختصمون دون المعطى ، فإذا غرم الأب في ملائه ، لم يكن للأب ولا للابن على الأجنبي شيء ، وإن كان الأب عديماً رجع الولد على المعطى ، فإن كان الأب والمعطى عديمين اتبع الولد أولهما يسراً بالقيمة ، ومن أدى منهما لم يرجع على صاحبه بشيء .

ولو أيسر الأب أولهما ، لم يكن للابن تركه واتباع الأجنبي ، كما ليس له ذلك في ملائهما .

وإن أعتق الأب غلام ابنه الصغير ، جاز ذلك إن كان الأب موسراً يوم أعتق ، وعليه الثمن في ملائه[1]. وإن كان معسراً يوم أعتق لم يجز عتقه ورُدّ ، قال مالك : إلا أن يتطاول زمان ذلك ، وينكح الحرائر وتجوز شهادته فلا[2] يرد عتقه ويتبع الأب[3] بقيمته . وفي كتاب الشفعة[4] ذكر بيع الوصي عقار اليتامى .

وإذا أسند مسلم وصيته إلى ذمي أو مسخوط ، لم يجز ذلك ولا يكون وصياً .

وإذا هلكت امرأة وتركت ولداً صغيراً يتيماً لا وصي له ، فأوصت بالصبي وبمالها إلى رجل ، لم يجز ذلك ولا يكون وصياً ، ولا تجوز مقاسمته عليه ، إلا أن المال

---

(١) في ك و هـ و ز : في ماله .

(٢) في ق : ولا .

(٣) في هـ : ويتبع الولد الأب .

(٤) تقدم كتاب الشفعة ، وهو الذي قبل هذا الكتاب . انظر (ص١٦٠) .

الذي ورث الولد من أمه لا ينزع من الوصي إن كان يسيراً نحو ستين ديناراً ، استحسنه مالك وليس بقياس[1].

وإن أوصت إليه بتنفيذ ثلثها ، جاز [وله][2] تنفيذه ، ولا يكون وصي العم ، أو الجد ، أو الأخ وصياً في يسير مال[3] ولا كثيره ، والأم بخلافهم إذ لها اعتصار ما وهبت لولدها .

وهذا المال الذي أوصوا به ، ينظر فيه السلطان ويحوزه على الصغير والغائب .

[فيمن تجوز قسمته ومن لا تجوز قسمته إلا أن يكون وصياً أو لا تجوز مطلقاً]

ولا تجوز قسمة الأب على ابنه الكبير وإن غاب ، ولا الأم على ابنها الصغير إلا أن تكون وصية ، ولا الكافر على ابنته المسلمة البكر ، كما لا [يجوز له][4] تزويجها . ويجوز قسم ملتقط اللقيط عليه .

ومن كنف[5] أخاً له صغيراً ، أو ابن أخ له احتساباً ، فأوصى له أحد بمال فقام عليه ، لم يجز بيعه له ولا قسمه .

---

(١) وجه استحسانه : أنّ لها أنْ تعتصر ما وهبت لابنها ، فناسب أن تمضي وصيتها عليه فيما ورث منها ما لم يكثر ، كما سيشير إليه بعد قليل .

(٢) سقطت من ق .

(٣) أي في المال الذي ورثه الصبي عنهم .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في هـ : كفل ، وكنفه بمعنى رعاه وستره وقام عليه ، وبمعنى قريب من الكفالة . انظر : القاموس (١١٣٢/٢) .

وكذلك لو وثب على تركة أخيه وولده بغير إيصائه ، فهو كالأجنبي ، ولا يجوز قسم الزوج لزوجته البكر ولا قبض مالها ، والأب أو وصيها أولى بذلك وإن دخلت[1] حتى يؤنس رشدها بعد الدخول ، فيدفع إليها مالها حينئذ .

وليس للزوج قضاء في مالها قبل البناء ولا بعده ، وإن مات الأب ولم يوص ، لم يجز للزوج أن يقسم لها إلا بأمر قاض .

[فيمن وجد عيباً بعد القسمة]

[قال ابن القاسم :][2] وإذا اقتسم شريكان دوراً[3] ، أو أرضين[4] ، أو رقيقاً ، أو عروضاً ، فوجد أحدهما ببعض ما أخذ عيباً ، فإن كان وجه ما نابه أو أكثره ردّ الجميع وابتديا بالقسم إلا أن يفوت بيد صاحبه ببيع ، أو هبة ، أو حبس ، أو صدقة ، أو هدم ، أو بناء ، فيرد قيمته يوم قبضه ، فيقتسمان[5] تلك القيمة مع الحاضر المردود ، وليس حوالة الأسواق في الدور فوتاً ، وإن كان المعيب الأقل ، رده ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت ؛ إذ لم ينقض القسم ، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سُبع ما بيده ، رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمناً ، ثم يقتسمان هذا المعيب .

---

(١) في ك و ز : وإن دخلت بيتها .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ق و ك .

(٣) في ز : داراً .

(٤) في ك : أرضاً .

(٥) في هـ : فيقتسما .

وكذلك إن اقتسما داراً واحدة ثم وجد أحدهما عيباً يسيراً أو كثيراً ، أو اقتسما على التراضي ، فأخذ أحدهما نخلاً ودوراً[1] ورقيقاً وحيواناً ، وأخذ الآخر بزاً وعطراً وجوهراً ، فأصاب أحدهما بصنف[2] مما[3] أخذ عيباً فعلى ما ذكرنا ، ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة ، ثم وجد عيباً ، فذلك فوت ، ويرجع بنصف قيمة العيب ثمناً على ما فسرنا .

ومن ابتاع داراً عظمى أو نخلاً فاستحق بعضها ، أو وجد بها[4] عيباً ، فأما اليسير كبيت من دار عظمى ، أو نخلات يسيرة من كثيرة ، فإن ذلك يرجع بحصته من الثمن ، ويلزمه البيع فيما بقي ، وإن كان كثيراً رد البيع . وكذلك القسمة .

وإذا اقتسم رجلان حنطة ، فأصاب أحدهما بما أخذ عيباً بعد أن طحنها ، رد قيمتها ، ويرد الآخر الطعام أو مكيلته إن فات ، ثم يقتسمان ذلك ، وليس له أن يرجع بنصف قيمة العيب في حنطة صاحبه فيدخله التفاضل في الطعام ، ولا عليه أن يأتي بحنطة معيبة مثلها ؛ إذ لا يحاط بمعرفته .

وكذلك من ابتاع عرضاً أو حيواناً أو غيره ، فوجد به عيباً بعد أن فات عنده ، فليس عليه ولا له أن يأتي بسلعة معيبة مثلها ؛ إذ لا يحاط بذلك ولا بمعرفته[5] ،

---

(١) في ق : أو دوراً أو رقيقاً . وكذلك في المعطوفات كلها « أو » مكان « و » .

(٢) في ق و ك و ز : بنصف .

(٣) في ق : ما .

(٤) في هـ و ز : به . وسقطت من ق .

(٥) في هـ و ز : بمعرفة ذلك .

ولو كان يحاط بمعرفته ، كان له أن يخرج مثلها فيما يكال أو يوزن .

وإذا تبادلا قمحاً عفناً بعفن مثله ، فإن اشتبها في العفن فلا بأس بذلك وإن تباعدا[1] لم يجز ، وإن كانا مغشوشين ، أو كان أحدهما أو كلاهما كثير التبن أو التراب حتى يصير خطراً ، لم يجز أن يتبادلا إلا في الغلث[2] الخفيف ، أو يكونا نقيين .

وكذلك سمراء مغلوثة بشعير مغلوث ، لا يجوز إلا أن يكون ذلك شيئاً خفيفاً .

وليس حشف التمر بمنزلة غلث الطعام ؛ لأن الحشف من التمر ، والغلث في الطعام من[3] غير[4] الطعام .

ولو كان الطعام المغلوث صبرة واحدة ، جاز أن يقتسماها ، وإن كانا صبرتين مختلفتين ، لم يجز ذلك ؛ للغرر في موضع[5] غلث هذه من غلث هذه .

والذي أجيز من القمح بالقمح أو بالشعير ، أن يكونا نقيين و[6] يكونا مشتبهين ، ولا يكون أحدهما مغلوثاً والآخر نقياً .

قال مالك : ويغربل القمح للبيع ، وهو الحق الذي لا شك فيه .

---

(١) في هـ : تباعد ما بينهما .

(٢) الغلث : الخلط ، وغلثت الشيء بغيره : خلطته به كالحنطة بالشعير ، وطعام مغلوث أي : مخلوط بالمدر والزُّوان . انظر : المصباح (ص٤٥٠) .

(٣) في ك و هـ : هو .

(٤) في ز : عين .

(٥) في ك و ز : في موقع .

(٦) في هـ : أو .

ومن اشترى عبداً فباع نصفه ، ثم استحق [رجل ربع][1] جميع العبد ، فقد جرى الاستحقاق فيما بيع وفيما بقي .

ومن قول مالك فيمن ابتاع عبداً كاملاً ، فاستحق أيسره ، أن له رده كله لضرر[2] الشركة ، أو يحبس ما بقي من العبد بحصته من الثمن .

[قال ابن القاسم :][3] فالمستحق في مسألتك يأخذ الربع من جميع ما باع المبتاع ومما أبقى ، ثم للمبتاع الثاني أن يرجع من ثمنه على بائعه بقدر ما استحق من العبد من حصته ، أو يرد بقية صفقته إن شاء ، ويخير المشتري الأول أيضاً كما وصفنا .

ولو اطلع المبتاع على عيب به بعد أن باع نصفه ، فرضي به المبتاع الثاني ، فأراد المشتري الأول رده ، فالخيار ههنا للبائع في أن يغرم له نصف قيمة العيب[4] ، أو يقبل نصف العبد بنصف الثمن .

[في المقسوم يُستحق بعضه أو يوجد به عيب]

وإن اقتسما عبدين فأخذ هذا عبداً وهذا عبداً ، فاستُحق نصف أحدهما ، فللذي استُحق ذلك من يديه أن يرجع على صاحبه بربع العبد الذي في يديه إن كان قائماً ، وإن فات ببيع أو حوالة سوق فأعلى ، رجع على صاحبه بربع قيمته يوم قبضه ، ولا خيار له في [غير][5] هذا .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٢) في ق و ك : بضرر . والمثبت من هـ و ز .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) في ق : القيمة من العيب .

(٥) سقطت من ك .

وأما إن ابتاع عبداً ، فله رده باستحقاق أيسره ؛ لضرر الشركة فيه من منع السفر أو الوطء في الأمة ، بخلاف مبتاع عبدين متكافئين يستحق أحدهما ، أو مبتاع لدور أو سلع ، لا ترد في تلك الصفقة إلا باستحقاق أكثرها . وقد تقدم كثير من هذا المعنى في كتاب الاستحقاق، و[في كتاب] [١] العيوب[٢].

وإن اقتسما داراً ، فأخذ هذا ربعها من مقدمها ، وأخذ الآخر ثلاثة أرباعها من مؤخرها ، جاز ذلك ، فإن استُحق نصف نصيب أحدهما ، رجع على صاحبه بربع قيمة ما بيده ، ولا تنقض القسمة في هذا إذا [كان الذي][٣] استحق من يد كل واحد منهما تافهاً يسيراً ، وإن استحق جل ما بيده انتقضت القسمة ورد ما بقي بيده وابتدأ بالقسم ، إلا أن يفوت نصيب صاحبه ، فيخرج قيمته بحال ما وصفنا .

وإن اقتسما عشرين شاة ، فوقع لهذا خمسة عشر ، ولهذا خمسة بالقيمة والسهم ، جاز [ذلك][٤].

فإن استحقت شاة من يد أحدهما ، لم ينتقض القسم ، ونُظر فإن كانت[٥] قدر خمس ما بيده ، رجع على صاحبه بعشر قيمة ما بيده ، وإن استحق جُلّ[٦] ما صار

(١) سقطت من هـ .

(٢) تقدم كتاب الاستحقاق في هذا الجزء (ص ١٠٣)، أما كتاب التدليس بالعيوب فقد تقدم في الجزء الثالث (ص ٢٧٣) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ك و هـ .

(٤) سقط من ز و هـ .

(٥) في ز : وتقوم بأن كانت .

(٦) في ق و ك : رجل .

لأحدهما ، انتقض القسم ، ولا يجوز في قسم ثمر الحائط تفضيل أحد في الكيل ، لرداءة[1] حظه ، ولا [على][2] التساوي في المقدار على أن يودي آخذ الجيد ثمناً لصاحبه .

ولا يجوز بيع حنطة ودراهم ، [بحنطة][3] مثلها .

ولو اقتسما ثلاثين قفيزاً من قمح ، وثلاثين درهماً ، فأخذ أحدهما الدراهم وعشرة أقفزة ، وأخذ الآخر عشرين قفيزاً ، فإن كان القمح مختلفاً سمراء ومحمولة ، أو نقياً ومغلوثاً لم يجز .

وإن تساوى القمح في النقاء والجودة والجنس ، أو[4] كان من صبرة يتفق أعلاها وأسفلها ، فذلك جائز بخلاف المتبايعين ؛ لأن هاهنا لم يأت أحدهما بطعام [وأتى][5] الآخر بطعام ودراهم ، فيكون فاسداً .

ولو اقتسما مائة قفيز من قمح ، ومائة من شعير ، فأخذ هذا ستين قمحاً وأربعين شعيراً ، وأخذ الآخر ستين شعيراً وأربعين قمحاً ، فذلك جائز .

وإن اقتسما حنطة[6] وقطنية ، فأخذ هذا الحنطة ، [وأخذ][7] هذا القطنية يداً بيد ، جاز .

---

(١) في ز و ك : لرد .

(٢) سقطت من ز و هـ .

(٣) سقطت من ق و ز و هـ .

(٤) في ق : و .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) في ك و هـ : قمحاً .

(٧) سقطت من هـ .

ولو كان الصنفان زرعاً[1] قد يبس ، لم يجز إلا على أن يحصداه مكانهما .

[قال مالك :][2] ولو كان الزرع كله صنفاً واحداً ، لم تجز قسمته وإن يبس حتى يحصد ويدرس ويقسم كيلاً .

وإن اقتسما داراً أو أرضاً[3] فبنى أحدهما أو غرس ، ثم استحق نصف نصيبه ، فذلك فوت ، وكذلك إن استحق نصف نصيب الذي لم يبن ، فليرد الذي لم يبن ما بقي ، ويرد الذي [غرس أو][4] بنى قيمة جميع حظه لفوته بالعمارة ، ويقتسمان ذلك كله إن كان ما استحق كثيراً ، وإن كان يسيراً تُركت القسمة ونظر إلى ما قابل ذلك مما بيد صاحبه ، فيرجع عليه بنصف قيمته .

ولو كان الاستحقاق في نصيب الذي عمَّر ، فإما دفع إليه المستحق قيمة ما عمَّر قائماً ، وإلا دفع إليه هذا قيمة أرضه [براحاً][5]؛ إذ ليس بغاصب ، ونظر ، فإن كان الذي استحق قليلاً قدر ربع ما بقي في يديه[6]، لم ينتقض القسم ورجع على صاحبه بثمن قيمة ما في يديه ، ولا يرجع بذلك في حظ شريكه وإن كان قائماً .

---

(١) في ك : جزاً .

(٢) سقطت من ق و هـ .

(٣) في ز : أرضين .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقطت من ز و ك و هـ .

(٦) في ز : ما بيده .

قال ابن القاسم : وأنْظُرُ أبداً إلى ما استحق ، فإن كان كثيراً كـان لـه أن يرجـع بقدر نصف ذلك فيما بيد صاحبه شريكاً فيه إن لم يفت ، وفي اليسـير يرجـع بنصـف قيمة ذلك ثمناً من دنانير أو دراهم . وكذلك في العبيد .

[قال مالك :][(١)] ومن اشترى مائة إردب [قمح][(٢)]، فاستحق منها خمسون ، خُيّر المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده .

وإن أصاب بخمسين إردباً منها عيباً ، أو بثلث الطعام ، أو بربعه ، فإنما لـه أخـذ الجميع أو رده ، وليس له رد المعيب وأخذ الجيد خاصة[(٣)]، وإن اقتسما عشريـن داراً بالسهم أو[(٤)] التراضي ، فوقع لكل واحد عشر دور فاستحقت واحدة ، أو وُجد بها عيب ، فإن كان جل مـا بيـد مـن وقعـت لـه أو أكـثره ثمنـاً ، انتقـض القسـم ، وإن لم يكن جله فإن كانت قدر عشر نصيبه وقـد اسـتحقت ، رجـع بنصـف عشـر قيمـة ما بيد الآخر ثمناً ، ولا يرجع فيه وإن كان قائماً .

وإن كان [إنما][(٥)] وجد بها عيباً فيردها ، وليرد الآخر عشـر قيمـة مـا بيـده ، ثم يكون ذلك مع الدار المعيبة بينهما ؛ إذا لم ينتقض القسم .

واستحقاق دار من دور في البيـوع بخـلاف الـدار الواحـدة يبتاعـها ، ثم يسـتحق بعضها لما يدخل عليه من الضرر فيها فيما يريد أن يبـني أو يسـكن ، إلا أن لا يضـره

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ز : بحصته .

(٤) في ق : و .

(٥) سقطت من ز .

ذلك في بقيتها فيكون كالدور ، واستحقاق النصف أو الثلث فيها كثير ، يوجب لـه رد بقيتها أو حبسه بحصته من الثمن .

وإن اقتسما جاريتين فأخذ كل واحد منهما واحدة ، فاستحقت جارية أحدهما بعد أن أولدها ، فلربها أخذها وقيمة ولدها ، ويرجع هذا على صاحبه بنصف الجارية الأخرى إن لم تفت ، فإن فاتت بتغير سوق فأعلى ، أخذ منه نصف قيمتها يوم قبضها .

وقد قال مالك فيمن استحق أمة وقد ولدت من مبتاعها : إنه يأخذها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق ، وأخذ به ابن القاسم ، ثم رجع مالك فقال : لا يأخذها ؛ لأن في ذلك على المبتاع ضرراً لما يلحقه من العار ويلحق ولده[1] إذا أخذت منه ، ولكن يأخذ المستحق قيمتها وقيمة ولدها[2].

قال ابن القاسم : ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها ، لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك ، ويجبر حينئذ في قولي مالك جميعاً على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق .

[قال مالك :][3] وإنما يأخذ قيمتها يوم يستحقها ؛ لأنها لو ماتت عند

---

(١) في ز : ولدها .

(٢) تقدمت هذه المسألة في كتاب الاستحقاق ، وقد علقنا عليها هناك ، وبينا أن القول المشهور المعتمد في المذهب هو ما رجع إليه مالك من أن المستحق يأخذ قيمتها وولدها وليس له أن يأخذها هي . انظر (ص ١١٢) من هذا الجزء . وهذه المسألة إنما أتى بها هنا دليلاً على المسألة التي قبلها ، وإلا فموضعها كتاب الاستحقاق .

(٣) سقطت من هـ .

المبتاع قبل أن يستحقها ربها ، لم تلزم المبتاع قيمتها ، [ولو لزمته قيمتها][1] إذا هلكت ما لزمه من قيمة ولدها شيء ، فليس لربها إلا قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق .

ومن باع أمة في سوق المسلمين بعين ، أو عرض ، أو حيوان ، ثم استحقت من يد المبتاع بعد أن حالت بيده في سوق أو بدن[2] بأمر من الله ، وحال الثمن الذي بيعت به إن كان عرضاً ، بزيادة أو نقص في سوق أو بدن بأمرمن الله تعالى ، فليس لربها إلا أن يأخذها بحالها ، أو يجيز البيع ويأخذ من بائعها ما بيعت به على ما هو [به][3] من نقص أو نماء ؛ لأن من باع عرضاً بعرض فوجد أحدهما بالعرض الذي أخذ عيباً وقد حال سوقه ، فليرده ويأخذ عرضه ما لم يفت بحوالة سوق ، [فإن فات][4]، فلا يكون له إلا قيمته .

والموصى له بالثلث إذا قاسم الورثة فأخذ ثلث الربع فبناه ، ثم استحق ما بيده فللمستحق أن يعطيه قيمة بنائه ، وإلا أعطاه هذا قيمة أرضه براحاً[5]، فإن دفع إليه المستحق قيمة البناء وكان ذلك أقل مما أنفق فيه بحوالة سوق النقض ، لم يرجع بنقض ذلك على الورثة ولا [على][6] غيرهم ، وينتقض القسم ، ويرجع فيقاسم الورثة

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .
(٢) في هـ : أو تغير بدن .
(٣) سقطت من ز .
(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .
(٥) وردت هنا زيادة في ق ، وهي : وليس له أخذ ما أنفق ولكن قيمته . وهي ـ كما ترى ـ لا وجه لها هنا ؛ فلم نثبتها .
(٦) سقطت من ق .

ما في أيديهم من الربع إلا أن يفوت ببناء أو بيع ، فيرجع عليهم بقيمة الرباع يوم قبضوها ، فيقتسمون تلك القيمة .

وإن فات ذلك بهدم ، لم يكن له غير ثلث ذلك مهدوماً مع ثلث النقض .

وإن بيع من النقض شيء ، فله ثلث ثمنه فقط ولا قيمة له عليهم ؛ لأن من ابتاع داراً فهدمها ، أو احترقت في يديه ، ثم استحقت ، فللمستحق إن شاء اتباع البائع بالثمن أو أخذ داره مهدومة ، ولا تباعة له على المبتاع[1] إلا أن يكون باع من النقض شيئاً ، فعليه الثمن الذي قبض فيه .

وكذلك إن ابتاع جارية فعميت عنده ، ثم استحقت ، فلا شيء عليه ، وإنما لربها أخذها بحالها ، أو أخذ ثمنها من البائع .

[في قسم النقض والساحة والطريق والجدار ونحو ذلك]

وإذا كان بين رجلين نقض دون القاعة ، جاز أن يقتسماه[2] على تراض ، أو بالقيمة والسهم ، ويجبر من أباه منهم لمن أراده ، فإن أراد هدم النقض ورب العرصة غائب ، رفعا ذلك إلى الإمام ، فإن رأى شراء ذلك للغائب بقيمة النقض منقوضاً ، فعل ، وإلا تركهم ولزم الغائب ما فعل السلطان ، قيل : فمن أين يدفع الإمام الثمن عن[3] الغائب ؟ قال : هو أعلم بذلك .

---

(١) في ك وهـ : للمبتاع .

(٢) في ق وك : يقتسماها .

(٣) في ز : على .

فإن نقضا البناء دون الإمام ، فلا شيء عليهما ويقتسمان النقض .

وفي كتاب العارية[(١)] ذكر [أمد][(٢)] ما يقيم[(٣)] النقض في العرصة المعارة .

وإذا بنيا في عرصة رجل بإذنه ، فأقام بناؤهما [في العرصة][(٤)] قدر ما يعار إلى مثله ، ثم أراد ربها إخراج أحدهما ، فإن قدر على قسمة البناء قسم وخُير في المُخْرَج ، فإما أعطاه قيمة حصته أو أمره بقلعه ، وإن لم ينقسم قيل للشريكين : لا بد أن يقلع[(٥)] هذا الذي قال له رب العرصة : اقلع نقضك ، فاصطلحا ، إما تقاوياه[(٦)] أو بِيعاه ، فإن باعا وبلغ ثمناً فللمقيم في العرصة أخذ ذلك بشفعته ما بلغ .

ولا يقسم الطريق في الدار إذا امتنع بعضهم[(٧)] ، ويقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر وكان ينقسم ، فإن كان فيه ضرر لم يقسم ، وإن كان لكل واحد عليه جذوع لم يقسم وتقاوماه .

وتأول[(٨)] مالك قول الله تعالى : ﴿ مما قلّ منه أو كَثُرَ نصيباً مفروضاً ﴾[(٩)] ،

---

(١) سيأتي كتاب العارية في هذا الجزء ، وانظر هذه المسألة في (ص٣١٠) .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في هـ : يقر .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في ك : تقلعا أو تصطلحا .

(٦) تقدم معنى المقاواة في أكثر من موضع ، انظر (٤٩٦/٢)، و(١٩٩/٣) .

(٧) قال الزرويلي : إلا أن يكون الطريق واسعاً إن قسم ، كان لكل واحد منهما طريقه على المعتاد لمثل الدار ، فيقسم . انظر : التقييد (١٠٩/٦) .

(٨) أي استدل به على أن لكل واحد حظه مما قل أو كثر .

(٩) سورة النساء ، الآية (٧) .

فرأى أن يقسم البيت الصغير وإن لم يقع لأحدهم ما ينتفع به ، والأرض القليلة ، والدكان الصغير في السوق وإن كان أصل العرصة بينهم ، والحمام والماجل[1] ، وكل شيء عنده [يقسم][2] .

قال ابن القاسم : وإنما لم يقسم الطريق والجدار إذا كان في ذلك ضرر ؛ لأنه لا كبير عرصة لهما ، فلا يقسمان إلا بتراض أو على غير ضرر .

وأنا أرى أن [كل][3] ما لا ينقسم إلا بضرر ولا يكون فيما يقسم منه منتفع من دار[4] ، أو أرض ، أو حمام ، فإنه لا يقسم[5] ، ويباع فيقسم ثمنه ، لقول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[6] .

---

(١) الماجل : كل ماء في أصل جبل أو واد ، وجمعه مواجل . القاموس (١٣٩٥/٢) .

(٢) سقطت من ق و ك .

(٣) سقطت من ز و ك و هـ .

(٤) في ز : ثمار .

(٥) وهذا هو المشهور أنه يشترط مع عدم وجود الضرر حصول الانتفاع ، وإليه أشار خليل في المختصر بقوله : « وأجبر لها كل ، إن انتفع كل » ، قال ابن رشد : الذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من الساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه . انظر : منح الجليل (٢٩٦/٧)، مختصر خليل (٢١٩)، المقدمات (٩٩/٣) .

(٦) رواه مالك في الموطأ (٧٤٥/٢) كتاب القضاء ، باب القضاء في المرفق . والشافعي في مسنده (٢٢٢)، وأحمد في المسند (٣١٣/١)، وابن ماجه في سننه (٢٣٤٠ ، ٢٣٤١) كتاب الأحكام . ورواية مالك والشافعي له من طريق مرسل ، أما الإمام أحمد وابن ماجه فقد روياه من طريق مسند متصل ، إلا أن في سندهما جابر الجعفي ، وهو ضعيف كما في التقريب (٨٧٨)، والحديث رواه أبو داود في مراسيله (٤٤) ، والبيهقي في الكبرى (٩٦/٦) ، وذكره النووي في الأربعين وقال : « وله طرق يقوى بعضها ببعض »،=

وكذلك الماجل ، إلا أن يصير لكل واحد ماجل ينتفع به ، فليقسم .

ولا يقسم أصل العيون ولا الآبار ، ولكن يقسم شربها بالقِلْد[1] ، قيل[2] : فإن كانت نخلة وزيتونة بين رجلين هل يقسمانهما ؟ قال : إن اعتدلتا في القسم وتراضيا [بذلك][3] بينهما قسماهما[4] ، فأخذ هذا واحدة وهذا واحدة ، فإن كرها لم يجبرا ، وإن لم يعتدلا في القسم تقاوماهما ، أو باعاهما مثل ما لا ينقسم من ثوب أو عبد أو غيره ، ومن دعا منهما إلى البيع أُجبر عليه من أباه ، فإذا استقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذ ذلك بما بلغ وإلا بيع .

وإذا كانت دار داخلها لقوم ، وخارجها لقوم ، وللداخلين الممر على أهل خارجها[5] ، فأراد أهل خارجها تحويل بابها إلى موضع قريب من مكانه ، لا ضرر

= والسخاوي في المقاصد الحسنة (٤٦٨) وحسنه ، وابن الديبع في تمييز الطيب (١٩٤)، والسيوطي في الجامع الصغير ورمز إليه بعلامة الحسن ، ومحمد بن عبد الباقي الزرقاني في مختصر المقاصد الحسنة (٢١٦) برقم (١٢٠٠) وقال : هو حديث حسن . وقال ابن كثير فيما نقل عنه الشوكاني : هو حديث مشهور . وللحديث طرق أخرى يقوي بعضها بعضاً ، فهو لا يقل عن درجة الحسن لغيره . وانظر : جامع العلوم والحكم (٢/٢٠٧ ـ ٢١١)، نيل الأوطار (٥/٣٨٥) .

(١) القِلْد : ـ بكسر القاف وسكون اللام ـ سبق تعريفه بأنه هو القدر المملوءة ماء المثقوبة من أسفلها المعلقة حتى يفرغ الماء الذي فيها ، وأصله الماء المجعول فيها ، ثم استعمل فيها للعلاقة الحالية ، ثم صار حقيقة ، ومراد الفقهاء بالقلد : الآلة التي يمكن أن يعطى بها كل ذي حظ من الماء حظه ، فيشمل القلد وغيره . انظر : الشرح الكبير للدردير (٣/٥١٠) ، منح الجليل (٧/٢٨٣) .

(٢) في ز : قلت .

(٣) سقطت من ك و ز .

(٤) في ز و هـ : قسمتهما بينهما .

(٥) في ق : الخارجين .

على الداخلين فيه ، فذلك لهم ، وإن لم يقرب موضعه فللداخلين منعهم ، ولهم منعهم من تضييق باب الدار .

ولو اقتسم أهل الداخلة ، فأراد أهل كل نصيب[1] [منهم][2] فتح باب لنصيبه إلى الخارجة لممره ، فللخارجين منعهم ألا يدخلوها إلا من الباب الأول .

[قال مالك ـ رحمه الله ـ : وليس العمل على حديث عمر ـ رضي الله عنه ـ في الخليج الذي أمرَّه في أرض رجل بغير رضاه[3]][4] .

وإذا كانت دار بين رجلين لأحدهما دار تلاصقها ، فأراد أن يفتح في المشتركة باباً يدخل منه إلى داره ، فللشريك منعه لشركته معه في موضع الفتح .

فإن قسّما فقال : اجعلوا نصيبي إلى جنب داري حتى أفتح فيه باباً ، لم يقبل منه ذلك ، وقسمت الدار بالقيمة ، فحيث وقع سهمه أخذه وإن كان في الناحية الأخرى .

وإن اقتسما هذه الدار فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره ، ففتح إلى النصيب من داره باباً وجعل يمر من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه ، أو سكن معه ، فذلك له إن أراد ارتفاقاً ، ولا يمنع .

وإن أراد أن يجعل ذلك فيه ، كسكة نافذة لممر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق ، فليس له ذلك .

---

(١) في ق : واحد .

(٢) سقطت من ز و هـ .

(٣) سيأتي الأثر وتخريجه في (ص ٣٩٢ - ٣٩٣) .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ق و هـ .

وإن قسما داراً على أن يأخذ كل واحد طائفة ، فإن من صارت الأجنحة في حظه ، فهي له ولا تعد من الفناء ، وإن كانت في هوى[1] الأفنية ، وهي تُعد من البناء .

قال : وفناء[2] الدار لهم أجمعين ، للمرفق به ، ولا بأس بالتفاضل في قسمة التراضي ، أو يزيد أحدهما الآخر عرضاً أو حيواناً بعينه ، نقداً أو موصوفاً إلى أجل معلوم ، أو عيناً نقداً أو مؤجلاً ، أو [على][3] هبة ، [أو هدية][4] أو صدقة معلومة كذلك . ولا يجوز على دين مسمى إلا أن يضربا أجلاً .

[في أرزاق القضاة والعمّال والقسامين والكتّاب وغيرهم]

ولا بأس بأرزاق القضاة والعمال إذا عملوا على حق ، وكل عامل للمسلمين على حق ، وما بعث فيه الإمام من أمور الناس ، فالرزق فيه من بيت المال .

وأكره[5] لقسام القاضي والمغنم أن يأخذوا على القسم أجراً ؛ لأنه إنما يفرض

---

(١) في ق : هذه .

(٢) في ز : بناء .

(٣) سقطت من ق .

(٤) سقطت من ك و هـ .

(٥) الكراهة هنا على الحرمة في هذا الموضع والموضع الذي بعده ، حينما قال : وأكره ارتزاق صاحب السوق ، والمراد بصاحب السوق : المحتسب . وقد فصل عياض في هذه المسألة وجعلها على ثلاثة أوجه ، فما كان من ذلك رزقاً من بيت المال فلا بأس به للقسام والمحتسب ، وما كان يفرض من أموال اليتامى والناس كجعل لهم على الناس في كل الأحوال فهو حرام وممنوع ، وهو الذي ذكره هنا ، وما كان من استئجار الناس لهم لكي يقسموا لهم أو يحتسبوا عليهم فهو مكروه وليس بحرام ، وقيل جائز من غير كراهة . انظر : التقييد (١١١/٦)، منح الجليل (٢٥٦/٧).

لهم من أموال اليتامى وسائر الناس ، كما أكره ارتزاق صاحب السوق من أموال الناس ، وإن كانت أرزاق القسام من بيت المال ، جاز .

ولا بأس أن يستأجر أهل مورث ، أو مغنم قاسماً برضاهم ، وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه .

وكذلك أجر [كاتب][1] الوثيقة ، قال مالك في قوم أرادوا أخذ مال لهم عند رجل ، فيستأجرون من يكتب بينهم كتاباً يتوثق لهم وله ، فأجره عليهم وعليه . وقد تقدم في كتاب العتق[2][3] ذكر من أعتق أو دبر في مرضه .

[في قسمة الدار وما يتبعها من ساحة وسطوح وباب ونحو ذلك]

وإذا اقتسما داراً مذارعة بالسهم ، فإن كانت الدار كلها سواء ، جاز ، وإن كان بعضها أجود من بعض أو كانت كلها سواء وجعلا في ناحية أكثر من ناحية ، لم يجز ، إلا أن يتراضوا [بذلك][4] بغير سهم فيجوز .

ولا بأس أن يقتسما البناء بالقيمة ، والساحة بالذرع ، إذا تساوت الساحة في القيمة والذرع ، وإن كانت متفاضلة ، لم يجز .

وإذا تداعوا إلى قسم البناء والساحة معاً ، وكان يصير لكل واحد في حصته من الساحة ما ينتفع به في مدخل ، أو مخرج ، أو مربط دابة ، أو غيره ، قسمت الساحة

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز و هـ : كتب العبيد .

(٣) تقدم كتاب العتق في الجزء الثاني ، وانظر لهذه المسألة (٢/٥٥٥) .

(٤) سقطت من ك .

مع البناء ، وإن صار[1] منها تلك المنافع لبعضهم ويصير لأقلهم نصيباً من الساحة ما لا ينتفع[2] به أو ما لا ينتفع به إلا في دخوله وخروجه فقط ، قسم البناء وتركت الساحة لانتفاعهم ، وللأقل نصيباً من الانتفاع بالساحة ما[3] للأكثر نصيباً ، سكن معهم أو لم يسكن ، ولهم منع من يبني في الساحة منهم .

وإذا كانت بين قوم دار فيها بيوت وساحة ، ولها غرف وسطوح بين يديها ، فقسموا البناء على القيمة وأبقوا الساحة ، فالسطح يقوم مع البناء ، تقوم الغرفة[4] بما بين يديها من المرتفق ، ولصاحب العلو أن يرتفق بساحة السفل [كارتفاق صاحب السفل][5] ، ولا ارتفاق[6] لصاحب السفل في سطح الأعلى ؛ إذ ليس من الأفنية ، ويضيف القاسم قيمة خشب السطح والغرف ، مع قيمة البيوت التي تحت ذلك .

وما رث[7] من خشب العلو [الذي][8] هو أرض الغرف والسطح ، فإصلاحه على رب الأسفل وله ملكه ، كما عليه إصلاح ما وهى ورث من جدار السفل .

---

(١) في ز و هـ : كان يصير .

(٢) في ز : ما ينتفع .

(٣) في ك : كما .

(٤) في ز : الغرف .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ق . وفي ز و هـ : كارتفاق صاحب .

(٦) في ز و هـ : مرفق .

(٧) في ق : ورث .

(٨) سقطت من ك .

[وإذا سقط العلو الذي[1] على السفل فهدمه ، جبر رب السفل][2] على أن يبنيه ، أو يبيع ممن يبنيه حتى يبني رب العلو علوه ، فإن باعه ممن يبنيه فامتنع من بنائه أُجبر المبتاع أيضاً على أن يبنيه ، أو يبيع ممن يبنيه .

وإذا اقتسم قوم داراً و[3] تركوا الساحة مرتفقاً ، فكل واحد منهما أولى بما بين يدي [باب][4] بيته من الساحة في الارتفاق ، وإن أراد بعضهم أن يطرح بين يدي [باب][5] غيره العلف والحطب ، لم يكن له ذلك إن كان في الدار سعة عن ذلك ، وإن احتاج إلى طرح ذلك في الساحة ، ويقع بعض ذلك على باب غيره طرحه ، إلا أن يكون في ذلك[6] ضرر على من يطرحه على بابه ، فيمنع أن يضر به .

وإذا اقتسموا البناء والساحة رفعوا[7] الطريق ، ولا يعرض فيها أحدهم لصاحبه .

وإن اقتسموا على أن يصرف كل واحد منهم بابه لناحية أخرى ، ولا يدعوا طريقاً بتراض ، جاز ، ولا ترفع لهم طريق ، وليصرف كل واحد طريقه حيث شاء إن كان له حيث يصرفه .

---

(١) في هـ و ز : العلو على السفل . .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) في ق : أو .

(٤) سقط من ق .

(٥) سقطت من ك و ز .

(٦) في ز : في الدار .

(٧) في ز : ورفعوا .

وإن اقتسموا البناء ثم قسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق ، فوقع باب الدار في حظ أحدهم ورضي بذلك صاحبه ، فإن لم يشترطوا في أصل القسم أن طريق كل حصة ومدخلها فيها خاصة ، فإن الطريق بينهما على حالها ، وملك باب الدار لمن وقع في حظه ، ولباقيهم فيه الممر .

وإن قسموا الساحة وهي واسعة يقع لكل واحد ما يرتفق به إذا قسمت بينهم ، وليس لهم طريق ولا مخرج إلا من باب الدار ، فاختلفوا في سعة الطريق ، فقال بعضهم : اجعلها ثلاثة أذرع ، وقال بعضهم : أكثر من ذلك ، جعلت بقدر دخول الحمولة ودخولهم ، ولا أعرف عرض باب الدار .

فإن قسما داراً [بتراض][1] ، فأخذ أحدهما دبر الدار وأعطي الآخر مقدمها على ألا طريق لصاحب المؤخر على المقدم[2] ، جاز ذلك على ما شرطا ورضيا إن كان له موضع يصرف إليه بابه ، وإلا لم يجز .

وكذلك إن اقتسموا داراً على أن أخذ أحدهم الغرف ، على ألا طريق له في الأسفل ، فعلى ما ذكرنا .

وإن دعا أحد الأشراك إلى قسم ما يقسم من ربع أو حيوان أو عرض ، وشركتهم بموروث أو غيره ، أجبر على القسم من أباه ، فإن لم ينقسم[3] ذلك ، فمن دعا إلى البيع أجبر عليه من أباه ، ثم للآبي[4] أخذ الجميع بما يعطى فيه ، وكل

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز و ك و هـ : الخارج .

(٣) في ق : لم يقسم .

(٤) في ك ك الباقي .

ما قسم من ربع أو غيره فعلى قيمة عدل ، ثم يضرب بالسهم ، فمن خرج سهمه لزمه ، ووجه قسم الربع بالسهم ، وإن اختلفت الأنصباء : لواحد خمس ، ولآخر ربع ، ولآخر سدس ، أن يقسم على أقلهم سهماً .

وكذلك من ترك زوجة وأماً وأختاً ، إلا أن من خرج له سهم [في ناحية][1] جمع له تمام باقي حصته [فيها][2] ولا يفرق ، وإذا تشاحوا على أي الطرفين[3] يضرب ، أسهم بأيهم يبدأ ، فما خرج عرفه ، ثم أسهم للقسم ، فمن خرج سهمه أعطاه من ذلك الطرف ، وضم إليه فيه سهمانه مجتمعة .

وإن كثرت يضرب الفريضة في الانكسار ، ثم يضرب أيضاً بسهام من بقي ، فيضرب على أقلهم سهماً ، فإن تشاحوا على أي الطرفين يضرب ، فعلى ما ذكرنا أولاً ، فإذا بقي منهم اثنان فتشاحا على أي الطرفين يضرب ، لم ينظر إلى قول واحد منهما وضرب القاسم على أي الطرفين شاء .

وإن ترك زوجة وابناً ، أو عصبة ، لم يسهم للزوجة إلا على أحد الطرفين لا في الوسط ، فأي الطرفين خرج لها أخذته وكان الباقي للولد أو للعصبة ، وكذلك إن كان الولد أو العصبة عدداً .

ولا يجمع حظ رجلين في القسم وإن أراد ذلك الباقون ، إلا في مثل هذا .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

(٢) سقطت من ز و هـ .

(٣) في ز : الطريقين . وكذلك في كل المواضع فيها « لطريقتين » بدل « الطرفين » .

[فيما يحدثه الرجل في عرصته مما يضر بجاره]

وما أحدثه الرجل في عرصته من فرن ، أو حمام ، أو أرحية[1] ماء ، أوغيرها ، أو كير للحديد ، أو أفران لتسييل الذهب والفضة ، أو آبار ، أو كُنُف ، فكل ما أضر بجدار[2] جاره من ذلك منع منه ، واستخف[3] اتخاذ التنور .

وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة ، باباً يقابل باب جارك أو يقاربه ، ولا تحول باباً لك هنالك إذا منعك ؛ لأنه يقول : الموضع الذي تريد أن تفتح فيه بابك ، لي فيه مرفق[4] أفتح فيه بابي ، وأنا في سترة ، ولا أدعك أن تفتح قبالة بابي أو قربه ، فتتخذ[5] علي فيه المجالس وشبه هذا ، فإذا كان هذا ضرراً فلا يجوز أن تحدث على جارك ما يضر به .

وأما في السكة النافذة ، فلك أن تفتح ما شئت ، وتحول بابك حيث شئت منها .

ومن رفع بنيانه فتجاوز به بنيان جاره ليشرف عليه ، لم يمنع من رفع بنيانه ، ومنع من الضرر .

---

(١) في ك و ز : أو رحا ماء .

(٢) في ز و هـ : بجاره .

(٣) واستخف ، أي : ابن القاسم ، ففي المدونة قال سحنون : « قلت : هل ترى التنور ضرراً في قول مالك ؟ قال : ما سمعت من مالك فيه شيئاً وأراه خفيفاً » . المدونة (٥/٥٢٩) .

(٤) في هـ : مرتفق .

(٥) في ز : فتحدث .

وإن رفع بنيانه فسد على جاره كواه ، أو[1] أظلمت أبواب غرفه وكواها ، و[2] منعه الشمس أن تدخل في حجرته ، لم يمنع من هذا البناء .

تم كتاب القسم بحمد الله وعونه

* * *

* *

*

(١) في ط : و .

(٢) في ط : أو .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الوصايا[1] ﴾

[فيمن أوصى بعتق أحد عبيده فماتوا أو أوصى لرجل ببعض ماله أو كله فهلك كله أو بعضه]

قال[2]: ومن أوصى بعتق عبد من عبيده فماتوا كلهم ، بطلت الوصية ، وكذلك من أوصي له بعبد فمات العبد ، فلا حق [له][3] في مال الميت .

قال غيره[4]: لأن ما[5] مات أو هلك قبل النظر في الثلث ، فكأن الميت لم يتركه ، وكأنه لم يوص [فيه][6] بشيء ؛ لأنه لا يقوّم ميت ولا يقوَّم على ميت .

ومن أوصى بعتق عشرة من عبيده ولم يعينهم وعدد عبيده خمسون ، فمات منهم

---

(١) الوصايا جمع وصية ، وقد عرفها ابن عرفة بأنها : « عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده » وقيل في تعريفها : « هي أمر باستئناف إيقاع شيء بعد الوفاة ». وقيل : « هي عدة بالتزام فعل ما يشرط بالموت » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٧٤٩) ، التقييد (١١٧) .

(٢) في ط : قال مالك . وفي هـ : قال ابن القاسم .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) قال الزرويلي : قول الغير هنا تفسير وتتميم . قلت : ولم أقف على تسمية الغير هنا . انظر : التقييد (١١٧/٦) .

(٥) في ك و هـ : من .

(٦) سقطت من هـ .

عشرون قبل التقويم ، عتق ممن بقي منهم عشرة أجزاء من ثلاثين جزءاً بالسهم ، خرج عدد[1] ذلك أقل من عشرة أو أكثر ، [ولو هلكوا كلهم إلا عشرين ، عتق نصفهم في ثلث الميت][2]، ولو هلكوا إلا خمسة عشر عتق ثلثاهم .

ولو هلكوا إلا عشرة عتقوا إن حملهم الثلث ، [وإن لم يحملهم الثلث عتق منهم مبلغه بالقرعة ورق ما بقي][3]، وكذلك من أوصى لرجل بعدد من رقيقه ، أو أوصى بعشرة من إبله في سبيل الله وله إبل كثيرة فهلك بعضها ، فعلى ما وصفنا .

ومن قال : ثلث رقيقي أحرار ، عتق ثلثهم بالسهم لا من كل واحد ثلثه ، فإن قال : ثلثهم لفلان وهلك بعضهم ، أو أوصى له بثلث غنمه فاستحق ثلثاها ، فإنما للموصى له ثلث ما بقي من العبيد أو الغنم إن حمل ذلك الثلث ، وسواء بقي ثلثهم أو أقل ، فإن لم ينقسموا كان شريكاً بثلثهم .

وإن أوصى له بجميع غنمه فهلك بعضها[4] أو استحق ، فللموصى له ما بقي إن حمله الثلث .

وإن أوصى له بعشرة من غنمه وله مائة شاة ، فللموصى له عشرها [بالسهم][5]، يدخل فيه ما دخل ، فإن هلكت الغنم كلها إلا عشرة ، فهي للموصى

---

(١) في ط : عدة .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٤) في ك و هـ : نصفها .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

له ، وإن كانت تعدل نصف الغنم إذا حملها الثلث ، وإن أوصى له بعشر غنمه وهي مائة ، فهلكت كلها إلا عشرة لم يكن للموصى له إلا عشرها[1] .

[2] ومن أوصى بنسمة تشترى فتعتق ، لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق ؛ لأنه لو قتله رجل أدى قيمته عبداً ، وأحكامه في جميع أحواله أحكام[3] عبد حتى يعتق ، فإن مات[4] بعد الشراء وقبل العتق ، كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث .

ومن أوصى بعتق نسمة تشترى [فتعتق][5] ولم يسم ثمناً ، أُخرجت بالاجتهاد بقدر قلة المال وكثرته ، وكذلك إن قال : عن ظهاري ، وإن سمى ثمناً لا يسعه الثلث اشتري بثلثه إن كان فيه ما يشترى به[6] رقبة ، فإن لم يبلغ شورك به في رقبة ، فإن لم يبلغ أعين به مكاتب في آخر كتابته[7] .

وإن سمى ثمناً فيه كفاف الثلث فاشترى الوصي به رقبة[8] فأعتقها ، ثم لحق الميت دين يغترق جميع المال رد العبد رقاً ، وإن لم يغترق الدين جميع ماله ، ردّ العبد[9]

---

(١) في ك و هـ : عشر ما بقي . وفي ط : ثلث ما بقي .

(٢) في ك و هـ : قال ابن القاسم .

(٣) في هـ : وأحكامه في جميع أحواله أحوال عبد . وفي ك : وأحواله في جميع أحكامه أحكام عبد .

(٤) في ك : فإن مات العبد .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) في ك : ما يساوي رقبة .

(٧) في ط و هـ : نجومه .

(٨) في جميع النسخ عدا ق : فاشتراها الوصي به .

(٩) في ك : العتق .

وأعطي صاحب الدين دينه ، ثم عتق من العبد مقدار ثلث ما بقي من مال الميت بعد قضاء الدين . [قال مالك ـ رحمه الله ـ :][1] ولا يضمن الوصي إذا لم يعلم [بالدين][2].

[في الذي يوصي أن يشترى عبد فلان فيعتق ، أو يباع عبده ممن أحب أو من فلان]

ومن قال في وصيته : اشتروا عبد فلان لفلان ، أو فأعتقوه ، أو بيعوا عبدي من فلان ، أو ممن أحب ، أو ممن يعتقه ، فامتنع المشتري أن يشتريه بمثل ثمنه ، أو امتنع الذي يبتاع منه أن يبيعه بمثل الثمن ، فإنه يزاد في المشترى[3] ، وينقص في المبيع ما بينك[4] وبين ثلث ثمنه لا ثلث الميت ، وإن لم يذكر الميت أن يزاد أو ينقص ، فإن أبى المشتري أن يأخذه إلا بأقل من ثلثي ثمنه ، أو أبى الذي يبتاع منه أن يبيعه إلا بأكثر من ثمنه وثلث ثمنه ، فذلك يختلف ، أما الموصى أن يشترى فيعتق ، [قال ابن القاسم :][5] يستأنى[6] بثمنه ، فإن بيع وإلا رد ثمنه ميراثاً[7] ، وفي رواية ابن وهب

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط و هـ .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) في ق و ك : المشتري ، والمثبت من ط و هـ : ولعله الأصوب .

(٤) في ك : ما بينه .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٦) في ط : فيستأنى . وفي هـ : بعد الاستيناء .

(٧) ورواية ابن القاسم هي المشهورة في المذهب ، وعليها مشى خليل في مختصره حيث قال : « والموصى بشرائه للعتق يزاد لثلث قيمته ثم استؤني ثم ورث » . =

وغيره عن [مالك][1] أن الثمن يوقف ما رجي بيع العبد إلا أن يفوت بعتق أو موت . [قال سحنون :][2] وعليه أكثر الرواة .

[قال ابن القاسم :][3] وأما الذي يُشترى لفلان إن امتنع سيده من بيعه ليزداد ثمناً دفع[4] ثمنه وزيادة ثلث ثمنه إلى الموصى له[5]،

= وقد حمل بعضهم رواية ابن وهب هنا ـ التي عليها أكثر الرواة ـ على أنها موافقة لرواية ابن القاسم ؛ لأن ابن وهب هنا روى أنه يوقف ويستأنى به ما رجي بيع العبد ، ما لم يفت بعتق أو موت ، فمفهوم كلامه أنه إذا انقطع الرجاء من بيعه ولم يفت فإنه يرجع ميراثاً وليس هناك احتمال آخر . وابن القاسم روى يوقف ويستأنى به ، ولم يحدد هنا مدة الاستيناء ، لكنه في كتاب الوصايا الثاني حدد مدة الاستيناء باليأس من بيعه ، فإنه قال : يرجع ميراثاً بعد الاستيناء واليأس من العبد . وتحديد المدة باليأس هو نفسه تحديدها بانقطاع الرجاء منه . أما مسألة الفوت في مدة الاستيناء فابن القاسم لم يتعرض لها ، كما أن ابن وهب لم يتعرض لحكم ما بعد مدة الاستيناء ، فبيّن كل واحد منهما الحكم فيما سكت عنه الآخر ، واتفقا في حكم ما تعرضا له جميعاً ، فحمل روايتيهما على الوفاق أولى وأصوب ، لذلك لم يتردد الزرويلي في حمل الروايتين على الوفاق حين قال : ورواية ابن وهب وفاق لابن القاسم ، وحمله اللخمي على الخلاف ، وحمله على الوفاق أولى . انظر : منح الجليل (٥٣٦/١)، التقييد (١١٩/٦)، مختصر خليل (٢٨٨).

(١) سقطت من ط و هـ .

(٢) سقطت من ط و هـ .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في ط : دفعه .

(٥) في ط : الموصى له ليشتري له به .

فإن امتنع [سيده][1] من بيعه أصلاً ضناً منه بالعبد عاد ذلك ميراثاً وبطلت الوصية .

وقال غيره[2]: إن امتنع [سيده أن يبيعه][3] لزيادة ، أو ضناً به[4]، لم يلزم الورثة أكثر من زيادة ثلث الثمن ، وليكن ثمنه موقوفاً حتى يؤيس من العبد ، فإذا يئس منه رجع المال ميراثاً ولا شيء للموصى له ؛ لأن الميت إنما أوصى له برقبة لا بمال .

قال ابن القاسم : وأما الذي قال : بيعوه من فلان ، فطلب المشتري وضيعة أكثر من ثلث ثمنه ، فإنه يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا ، أو يقطعوا له بثلث العبد بتلاً .

وأما الذي يباع ممن[5] أحب [وليس من رجل بعينه][6] فيطلب[7] المشتري

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) الغير هنا يريد به أشهب وقد خالف ابن القاسم ـ كما ترى ـ في هذه المسألة من وجهين : أحدهما : أنه لا يزاد الموصى في الثمن على الثلث ، حتى لو امتنع السيد من بيع العبد ليزداد الثمن . الوجه الثاني : أنه إذا امتنع السيد من بيع العبد ضناً به ، فإنه يوقف حتى يؤيس منه خلافاً لابن القاسم الذي قال : إنه لا يوقف الثمن ، وإنما يرجع مباشرة إلى الميراث . قال سحنون : وقول الغير أصح ، والذي مشى عليه خليل قول ابن القاسم ، وهو المشهور ، وإليه أشار خليل بقوله : « وأبى بُخْلاً ، بطلت ، ولزيادة : فللموصى له » . انظر : التقييد (١١٩/٦)، منح الجليل (٥٣٦/٩)، مختصر خليل (٢٨٨) .

(٣) سقطت من ق و ط و هـ .

(٤) في هـ : عنه به .

(٥) في ط : يباع العتق أو ممن .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٧) في ك : فيطلب به .

وضيعة أكثر من ثلث ثمنه ، فإنه يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا ، أو يعتقوا ثلث العبد بتلاً .

[قال سحنون :][1] وروى غير واحد عن مالك[2] أن الورثة إذا بذلوه لمن أحب بوضيعة الثلث فلم يجدوا من يشتريه[3] إلا بأقل ، فليس عليهم غير ذلك[4] .

وقال ابن وهب : قال مالك ـ رحمه الله ـ : وذلك الأمر عندنا[5] .

وقال[6] ابن القاسم عن مالك : وأما الذي يباع ممن يعتقه فيخير الورثة بين بيعه [منه][7] بما أعطاهم ، أو يعتقوا ثلث العبد ، وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك .

قال سحنون : وقد بينا هذا الأصل باختلاف[8] الرواة [فيه][9] قبل هذا[10] .

---

(١) سقطت من ط .

(٢) في ط و هـ : عن مالك في الذي يباع ممن أحب .

(٣) في ط : الثلث فلم يشتره .

(٤) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : يريد ويرجع ميراثاً .

(٥) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : قال ابن القاسم : ولم يختلف قول مالك في المبيع للعتق .

(٦) في ك : وروى ابن القاسم .

(٧) سقطت من هـ .

(٨) في ط : واختلاف .

(٩) سقطت من هـ و ك .

(١٠) قيل : إن قول سحنون : وقد بينا هذا الأصل باختلاف الرواة قبل هذا ، أصح من قول ابن القاسم ، وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك ؛ لأنه أصلٌ قد اختلف فيه قوله ، فمرة رأى قول الوصي : بيعوا عبدي ممن يعتقه ، أو ممن أحب ، وصيةً للعبد ، ومرة رآها وصية للمشتري في المسألتين ، ومرة فرق بين المسألتين فرأى قوله : بيعوا عبدي ممن يعتقه ، وصيةً للعبد ، ورأى قوله : بيعوا عبدي ممن أحب ، وصية للمشتري . انظر : التقييد (٦/١٢٠) .

[مالك : وإذا لم يذكر حطيطة فإنه يحط عن المشتري ؛ لأنها وصية][1].

[في الذي يوصي بعتق عبده أو ببيع أمته ممن يعتقها فيأبى العبد أو الأمة]

قال [مالك][2]: ومن أوصى [في مرضه][3] بعتق عبده فلم يقبل [العبد][4]، فلا قول له ، ويخرج[5] إذا مات سيده من الثلث إن حمله [الثلث][6]، أو ما حمل [الثلث][7] منه .

وإن أوصى أن تباع جاريته ممن يعتقها فأبت ، فإن كانت من جواري الوطء ، فذلك لها ، وإلا بيعت ممن يعتقها ، وقيل : لا يلتفت إلى قولها وتباع للعتق ، إلا أن لا يوجد من يشتريها بوضيعة ثلث الثمن إن كان للميت مال يحمل [ثلث][8] الجارية .

[فيمن اشترى ابنه في مرضه أو أعتق عبده الآبق أو أوصى أن يشترى أبوه]

[قال مالك ـ رحمه الله ـ :][9] ومن اشترى ابنه في مرضه ، جاز إن حمله الثلث وعتق ، وورث باقي المال إن انفرد أو حصته مع غيره .

---

(١) سقطت من هـ و ك .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق

(٣) سقطت من هـ و ط .

(٤) سقطت من ط .

(٥) في ك : وهو حر . وفي ط : ويعتق .

(٦) سقطت من ق .

(٧) سقطت من ق .

(٨) سقطت من هـ .

(٩) سقطت من هـ و ط .

[قال ابن القاسم :][1] وإن أعتق عبداً له ، واشترى ابنه فأعتقه وقيمته الثلث ، فالابن يُبدّأ إذا حمله الثلث [ويكون وارثاً][2].

ومن أوصى أن يشترى أبوه بعد موته ، فإنه يشترى ويعتق في ثلثه وإن لم يقل : أعتقوه .

[فيمن قال لعبده : إن مت في مرضي هذا أو في سفري فأنت حر]

ومن قال لعبده لفظاً بغير كتاب : إن مت من مرضي هذا ، أو في سفري هذا ، فأنت حر ، أو قال : لفلان كذا ، فهي وصية [له][3]، وله أن يغيرها [ببيع أو غيره][4]، فإن مات قبل أن يغيرها ، جازت من ثلثه إن مات من مرضه أو في سفره ، وإن برئ من مرضه أو قدم من سفره فلم يغيرها حتى مات ، فذلك باطل ولا ينفذ منه شيء ، إلا أن يكون كتب بذلك كتاباً ووضعه على يدي رجل ، فلم يغيره بعد قدومه أو إفاقته وأقره حتى مات ، فهي وصية تنفذ .

وإن كتب وصيته عند سفره أو عند مرضه ، ووضعها على يدي رجل [أمين][5]، ثم قدم من سفره أو برئ من مرضه ، فقبضها ممن هي عنده وأقرها بيده حتى مات ، فهي باطل وإن أشهد عليها ، وإنما تنفذ إذا جعلها على يدي رجل[6] [أمين][7].

(١) سقطت من هـ و ط .
(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .
(٣) سقطت من ط .
(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .
(٥) سقطت من ط و ق و هـ .
(٦) أي : ولم يقبضها منه حتى مات .
(٧) سقطت من ط و ق و هـ .

وإن كتب وصيته في مرض أو صحة أو عند سفر ، إلا أنه لم يقل فيها : إن مِتُّ في سفري أو في مرضي هذا ، وإنما كتب فيها متى حدث [بي حدث الموت][1] ، [أو إن حدث بي حدث الموت][2] ، وأقرها عند نفسه أو أخرجها من يده ، فهي جائزة ، مات في ذلك [المرض][3] أو بعده [إذا شهدت عليه بينة][4].

[قال ابن القاسم : هذا إذا كانت وصيته مبهمة ، لم يذكر فيها موته من مرضه أو من سفره ، وإنما كتب فيها][5]: متى حدث [بي][6] حدث الموت ، [وأقرها عند نفسه][7] ، أو أخرجها من يده ، [أو كانت على يديه][8] ، فهي جائزة ، مات في ذلك أو بعده إذا[9] شهدت عليه بينة ، وإنما اختلف الناس في السفر والمرض ، [وروى مالك أن النبي ﷺ قال : « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط ، وسقطت « الموت » من ك .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق ، وسقطت « الموت » من ك .

(٣) سقطت من ط .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٦) سقطت من ق ، وفي ط : حدث به الموت .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ط .

(٨) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٩) في ط : إذا شهد عليها الشهود ، قال ابن القاسم .

إلا ووصيته عنده مكتوبة »[1]][2].

[القول في كتاب الوصية وإيقاع الشهادات فيها وتغييرها]

قال مالك : ومن كتب وصيته ، فليقدم ذكر التشهد [قبل الوصية][3]. قال ابن القاسم : ولم يذكر لنا مالك كيف هو .

[وروى ابن وهب أن مالك بن أنس قال : كانوا يوصون أن يشهد أن لا إله إلا الله [وحده لا شريك له][4]، وأن محمداً عبده ورسوله ، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ربهم ، ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا مسلمين ، وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب : ﴿ يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون ﴾[5]][6]، وأوصى إن مات في مرضه هذا .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وإن كتبها بغير محضر البينة ولا قرأها عليهم ، فدفعها إليهم وأشهدهم على ما فيها ، فإن عرفوا الكتاب بعينه فليشهدوا بما فيه .

---

(١) رواه مالك في الموطأ (٢/٧٦١) كتاب الوصية ، باب الأمر بالوصية . والبخاري في صحيحه (٢٧٣٨)، كتاب الوصايا ، باب الوصايا ، وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده . ومسلم (١٦٢٧) كتاب الوصايا .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ط .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) سورة البقرة ، الآية (١٣٢) .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ط ، وانظر : المدونة (٦/١٢ ـ ١٣) .

قال عنه ابن وهب : ولو طبعها ثم دفعها إليهم وأشهدهم [أن ما فيها منه ، وأمرهم][1] أن لا يفضوا خاتمها حتى يموت ، جاز أن يشهدوا بما فيها بعد موته .

قال عنه ابن القاسم : وللموصي أن يغير وصيته ، ويرجع ويزيد وينقص ، أوصى في صحة أو في مرض ، بعتق أو غيره .

[في القائل : إن مت فكل مملوك مسلم لي حر ، أو قال : أعتقوا عبدي بعد موتي بشهر]

وإن قال في وصيته : إن مت [من مرضي][2] فكل مملوك مسلم لي ، حر ، وله عبيد مسلمون ونصارى ، ثم أسلم بعضهم قبل موته ، لم يعتق منهم إلا من كان يوم الوصية[3] مسلماً ؛ لأني لا أراه أراد غيرهم .

وإن قال : أعتقوا عبدي بعد موتي بشهر ، أو قال : هو حر بعد موتي[4] بشهر ، فذلك سواء ، [وهو قول مالك][5] ، فإن لم يحمله[6] الثلث خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوا ؛ لأن محمل الثلث [منه][7] بتلاً ، فإن أجازوا الوصية خدمهم تمام الشهر ثم خرج جميعه حراً .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ق : قبل الوصية .

(٤) في ط : بعد مرضي .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ط .

(٦) في ط : فإن حمله الثلث خدم شهراً ، وإن لم يحمله .

(٧) سقطت من ك و ط .

[في القائل : فلان وصيّ ، ولم يزد ، أو قال : وصيي على كذا ، أو قال : على قبض ديوني أو بيع تركتي]

ومن قال : اشهدوا على أن فلاناً وصيي ، ولم يزد على هذا ، فهو وصيه في جميع الأشياء ، وإنكاح صغار بنيه ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن ، والثيب بإذنها ، وفي النكاح إيعاب هذا[1].

وإن قال : فلان وصيي على كذا ، لشيء خصه ، فإنما هو وصي على ما سمى فقط ، وإن قال : [فلان][2] وصيٌّ على قبض ديوني وبيع تركتي ، ولم يذكر غير هذا . قال مالك : فأحب إلي[3] أن لا يزوج بناته [حتى][4] يرفع إلى السلطان ، فإن لم يرفع رجوت أن يجوز . ولو قال : فلان وصيي على اقتضاء ديني أو قضائه ، وفلان وصيي على مالي ، وفلان وصيي على بضع بناتي ، أو قال : فلان وصيي حتى يقدم فلان فيكون وصيي ، فذلك جائز ، ويكون[5] كما قال .

---

(١) تقدمت كتب النكاح في الجزء الثاني .

(٢) سقطت من ك .

(٣) « أحب » هنا على بابها ، أي : إنّ الأفضل والأولى له أن لا يزوجهن حتى يرفع ذلك إلى الإمام ، قال عليش عند قول خليل : « وإن زوج وصي على بيع تركته وقبض ديونه ، صح » أي صح تزويجه لحصول ولاية الإسلام العامة له عليهن ، وفي قوله : صح ، إشارة إلى أن الأولى له ابتداءً عدم تزويجهن ورفع أمرهن إلى الإمام لينظر في تقديمه أو عاصبهن عليهن . انظر : مختصر خليل (٢٩٠)، منح الجليل (٥٧٨/٩) .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في ط : ولكن .

[في موت الوصي وإيصائه لغيره أو كانوا وصيين أو ثلاثة فأوصى أحدهم عند موته بما أوصى به]

وإن مات الوصي فأوصى إلى غيره ، جاز ذلك ، وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره .

قال يحيى بن سعيد : وإن كانا وصيين أو ثلاثة ، فأوصى أحدهم عند موته بما أوصى به إليه من تلك الوصية إلى غير شريكه في الوصية ، جاز ذلك[1] ، وأباه سحنون .

[القول في وصية المرأة وإيصائها بمال ولدها ، ومن لا تجوز وصيته]

وللمرأة أن توصي في مالها في إنفاذ وصاياها وعلى قضاء دينها ، وإن لم يكن عليها [دين][2] ، فلا يجوز إيصاؤها بمال ولدها الطفل إلا أن تكون وصية من [قبل][3] أب ، وإلا لم يجز إذا كان المال كثيراً ، وينظر فيه الإمام ، وإن كان يسيراً نحو ستين ديناراً فجائز إسنادها فيه إلى العدل ، وذلك فيمن لا أب له ولا وصي . وقال غيره : لا يجوز للمرأة أن توصي بمال ولدها[4] .

---

(١) وهذا قول مالك ، قال ابن رشد : وهو ظاهر قوله في المدونة ، وظاهر قول عيسى . القول الثاني : أنه ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول سحنون فيها . القول الثالث : أنه ليس له ذلك إلا إلى شريكه في الإيصاء ، وهو الذي تأول عليه الشيوخ قول سحنون في المدونة . انظر : منح الجليل (٩/٥٨٥).

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من هـ و ط .

(٤) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقال سحنون : إن قوله أعدل . ومسألة وصية المرأة بمال ولدها هذه قد تقدمت في كتاب القسمة ، وهي هنا مكررة . والمشهور الذي عليه المذهب هو أنها تجوز وصيتها في يسير مال ولدها بثلاثة شروط ، قال ابن القاسم في كتاب القسمة : وقد استحسنه مالك وليس بقياس . انظر (ص ٢٠٢) من هذا الجزء .

ولا تجوز وصية الجد بولد الولد ، ولا أخ بأخ له صغير ، وإن لم يكن لهم أب ولا وصي وإن قل المال ، إلا أن يكون وصياً بخلاف الأم .

[في رجوع الوصي عن قبول الوصية ومن لا تجوز وصيته ، ووصية الذمي للمسلم]

وإذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي ، فلا رجوع له بعد موته ، ولا تجوز الوصية إلى ذمي أو مسخوط أو من ليس بعدل ، ويعزل إن أوصي إليه .

وإن أوصى ذمي إلى مسلم ، فإن لم يكن في تركته خمر أو خنازير ولم يخف أن يلزم بالجزية ، فلا بأس بذلك .

[في الوصية لوصيين وكيفية تصرفهما فيها]

ومن أوصى إلى وصيين ، فليس لأحدهما بيع ، ولا شراء ، ولا إنكاح ، ولا غيره دون صاحبه إلا أن يوكله . قال غيره[1]: لأن إلى كل واحد منهما [ما إلى][2] صاحبه .

قال ابن القاسم : وإن اختلفا [في مال الميت][3] نظر السلطان ، ولا يقسم المال بينهما ، وليكن عند أعدلهما ، فإن استويا في العدالة جعله الإمام عند أكفئهما .

---

(١) قول الغير هنا ـ كما ترى ـ تفسير وتعليل لقول مالك . وانظر تمام قول الغير في المدونة (١٩/٦).

(٢) سقط من ك ، وفي هـ : لكل واحد منهما ما لصاحبه .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

ولو اقتسما[1] الصبيان ، فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان ، ولا يخاصم أحد الوصيين خصماً للميت إلا مع صاحبه . ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهم حاضر ، خاصمه ويقضى له ، ويكون الغائب إذا قدم على حجة الميت .

[في الذي يسند وصيته إلى مكاتبه أو عبده]

ومن أسند وصية إلى مكاتبه أو عبده ، جاز ذلك ، فإن كان في الورثة أصاغر وأراد الأكابر بيع نصيبهم من العبد ، اشترى للأصاغر حصة الأكابر منه إن كان لهم مال يحمل ذلك ، فإن لم يحمل ذلك نصيبهم وأضر بهم بيعه ، باع الأكابر حصتهم منه خاصة ، إلا أن يضر ذلك بالأكابر ويأبوا ، فيقضى على الأصاغر بالبيع معهم .

[في بيع الوصي أموال اليتامى أو ابتياعها وأخذ ديونهم]

ولا يبيع الوصي عقار اليتامى ، ولا العبد الذي أحسن القيام بهم ، إلا أن يكون لبيع العقار وجه من ملك يجاوره[2] يرغبه في الثمن ، أو ما لا كفاية في غلته وليس لهم[3] مال ينفق منه عليهم ، فيجوز بيعه ، ولا يشتري الوصي لنفسه من تركة الميت ولا يدس أو يوكل من يشتري [له][4]، فإن فعل تعقب ذلك ، فإن كان فيه فضل [كان][5] لليتامى وإلا مضى .

---

(١) في ط : اقتسموا .

(٢) في ط : يجاورهم .

(٣) في ق : له .

(٤) سقطت من ط .

(٥) سقطت من ط .

وأرخص مالك لوصيّ سأله عن حمارين [من حمر الأعراب][1] في تركة الميت ، ثمنهما ثلاثة دنانير ، تسوق بهما الوصي في المدينة والبادية [واجتهد][2] ، فأراد أخذهما لنفسه بما أُعطي ، فأجاز ذلك واستخفه لقلة الثمن .

ولا يبيع الوصي على الأصاغر التركة إلا بحضرة الأكابر ، وإن كانوا بأرض نائية وذلك حيوان أو عروض ، رفع ذلك إلى الإمام فأمر من يلي معه البيع للغائب .

ولا يجوز للوصي أن يؤخر الغريم بالدين إن كان الورثة كباراً ، وإن كانوا صغاراً جاز ذلك على وجه النظر لهم ، ولم يجز ذلك غيره[3]. وفي كتاب النذور من هذا[4].

[في الميت يقول : كتبت وصيتي ، وهي عند فلان فأنفذوها ، أو يوصي بالثلث]

وإذا قال الميت : قد كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فأنفذوها وصدقوه ، فإنه يصدق وينفذ ما فيها . وكذلك إن قال : قد أوصيته بثلث[5] [مالي][6] فصدقوه ، جاز ذلك وأنفذ ما قال . فإن قال الوصي : إنما أوصي بالثلث لابني ، فقال أشهب :

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) سقطت من ك .

(٣) الغير هنا يريد به أشهب ، فإنه لم يجز ذلك ، والمشهور الجواز ، كما هو مذهب ابن القاسم ، وإليه أشار خليل بقوله : « وللوصي اقتضاء الدين وتأخيره بالنظر » . انظر : التقييد (١٢٦/٦)، منح الجليل (٥٨٦/٩)، مختصر خليل (٢٩٠) .

(٤) تقدم كتاب النذور في الجزء الثاني (ص ٧٩) .

(٥) في ك : أوصيت . وفي ط : أوصيته بثلثي .

(٦) سقطت من هـ .

يصدق ، وقال ابن القاسم : لا يصدق[1] ؛ لأن مالكاً قال فيمن أوصى فقال : اجعل فلان ثلثي حيث تراه[2]: إنه إن أعطاه لولد نفسه أو لقرابة له[3]، لم يجز إلا أن يكون لذلك وجه يظهر صوابه .

[في الوارثين يشهدان أن أباهما أوصى إلى فلان أو شهدت امرأتان مع رجل على موت ميت]

وإن شهد وارثان أن أباهما أوصى إلى فلان ، جاز ذلك . قال غيره[4]: إن لم يجرا بذلك نفعاً إلى أنفسهما ، وإن جرا بذلك نفعاً إلى أنفسهما لم يجز .

فإن شهدت امرأتان مع رجل على موت ميت[5]، فإن لم تكن له زوجة ولا أوصى بعتق عبد ونحوه وليس إلا قسمة المال ، فشهادتهن جائزة . وقال غيره[6]: لا تجوز .

---

(١) والمشهور في المذهب قول ابن القاسم ، وإليه أشار خليل بقوله : « يصدق إن لم يقل : لابني » ، قال الدسوقي : فإن قال : ذلك لابني ، لم يصدق حينئذ ؛ لأنه يتهم ، وأما القليل وهو ما دون نصف الثلث ، فينبغي أنه يصدق . انظر : مختصر خليل (٢٩٠)، منح الجليل (٩/٥٧٦)، حاشية الدسوقي (٤/٤٥٠) .

(٢) في جميع النسخ عدا ق : يجعل فلاناً ثلثي حيث يراه .

(٣) في هـ : لقرابته ، وفي ك : القرابة .

(٤) قال الزرويلي : قول الغير هنا تفسير وتتميم ، وهو المعنى الذي قاله في كتاب الشهادات . انظر : التقييد (٦/١٢٦) .

(٥) في ك : رجل .

(٦) لم أقف على تعيين الغير هنا ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم إن شهادتهن هنا جائزة ؛ لأنها شهادة تؤول إلى مال ، وشهادة النساء في الأموال وما يؤول إليها جائزة ، قال خليل معدداً ما تجوز فيه شهادتهن : « وإلا فعدل وامرأتان أو أحدهما بيمين ، كأجل وخيار وشفعة . . . أو موت ، ولا زوجة ولا مدبر ونحوه » . انظر : منح الجليل (٨/٤٥٠ ـ ٤٥٤)، مختصر خليل (٢٥٠).

وتركت [ذكر][1] شهادة الوصي [أو الوارث][2] أو النساء في وصية أو دين أو غيره ، وذلك كله مذكور في كتاب الشهادات[3].

[فيمن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج ، ومن أوصى بحمل امرأته]

ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج ، جاز ، فإن تزوجت عزلت[4].

وكذلك لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج فأخذتها ، فإن تزوجت أخذت منها .

ومن أوصى لحمل[5] امرأة فأسقطته بعد موت الموصي ، فلا شيء له إلا أن يستهل صارخاً .

[في الوصي يدعي الدفع إلى الأيتام أو النفقة عليهم]

وإذا قال الوصي : قد دفعت إلى الأيتام أموالهم بعد البلوغ والرشد ، فأنكروا ، لم يصدق إلا ببينة وإلا غرم ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾[6].

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره إن لم يأت

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) سقطت من ك و هـ .

(٣) وقد تقدم في الجزء الثالث .

(٤) في ط : أخذت منها .

(٥) في ق و ك : بحمل . والمثبت من ط و هـ .

(٦) سورة النساء ، الآية (٦) . وقد سقطت الآية من هـ .

بسرف ، وإن ولي النفقة غيره ممن يحضنهم من أم أو غيرها ، لم يصدق على دفع النفقة إلى من يليهم إلا ببينة[1].

[في شهادة الوارث بوصية أو إقراره بوديعة ، والموصي بعتق أمته بعد موته بسنة أو إلى أجل]

[2] وإن شهد وارث بوصية لرجل ، حلف معه إن كان عدلاً وقضي له ، وإن نكل أخذ من حصة المقر ما يصير عليه من ذلك إن لم يول على المقر .

وكذلك إن أقر أن هذا الشيء أو العبد لفلان عند أبيه وديعة[3]، فإن نكل فلان فله نصيب المقر فقط من ذلك الشيء .

ومن أوصى بعتق أمته بعد موته بسنة ، والثلث يحملها ، فما ولدت بعد موته وقبل مضي السنة ، فهم بمنزلتها يعتقون بعتقها . وأرش جراحها وقيمتها إن قتلت قبل السنة للورثة ، وتقوم كالأمة . وما أفادت بعطية أو اكتسبت من الأموال ، فهو لها مقر[4] بيدها لا ينتزعونه ، وقيل : ينتزعونه ما لم يقرب الأجل[5] .

وإن جنت خير الورثة ، فإما فدوا[6] الخدمة بجميع الجناية أو أسلموا الخدمة

(١) وردت هنا زيادة في ط ، وهي : إذا أنكروا .

(٢) في هـ : قال ابن القاسم .

(٣) وردت هنا زيادة في ط ، وهي : فإن كان عدلاً حلف مع شهادته .

(٤) في ك : مقرور . وفي ط : يقر .

(٥) وذلك لأنهم حلوا محل ميتهم ، ولم أقف على نسبة هذا القول ، وقد صوب الزرويلي قول ابن القاسم . انظر : التقييد (١٢٧/٦) .

(٦) في ك : قدروا .

للمجني عليه ، ويقاص بها في الجناية ، فإن أوفت[1] قبل السنة رجعت تخدم الورثة بقية السنة . وإن مضت السنة وقد بقي من أرش الجناية شيء ، عتقت وأتبعت بما بقي في ذمتها .

ومن أوصى بعتق أمته إلى أجل والثلث يحملها ، فعجل[2] الوارث عتقها قبل الأجل ، جاز ولا رجوع له ، وهو وضع خدمة ، والولاء للميت . وإن كانا وارثين فأعتقها أحدهما ، فعتقه هاهنا وضع خدمة ، فيوضع عن الأمة حق هذا من الخدمة ، ويكون نصيبه منها حراً ، ولا يضمن لصاحبه قيمة خدمته منها ، وتخدم هي الآخر نصف خدمتها إلى تمام الأجل ، ثم تخدم حرة .

[فيمن أوصى لعبده بثلث ماله أو سدسه]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ومن أوصى لعبده بثلث ماله وقيمته الثلث ، عتق جميعه ، وما فضل من الثلث كان للعبد ، [وإن لم يحمله الثلث عتق منه محمله ، قال ابن القاسم : وإذا لم يحمله الثلث وكان مع العبد مال استتم عتقه ، ولو لم يعتق فيما بيده من مال ، عتق فيما بقي من ثلث سيده الذي بيده رقبته ، وكذلك إن أوصى له بسدس وقيمته سدس ، فإنه يعتق ، وقاله ربيعة والليث ، وقال ابن وهب عن مالك : إنه إذا أوصى لعبده بثلث ماله أو سدسه جعل ذلك في رقبة العبد ، وإن كان قيمة العبد السدس خرج حراً ، قال مالك :][3] وإن لم يترك

(١) في ق : فإن فرغت .

(٢) في ك : فجعل .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك ، وقد ورد في النسخ الأخرى بصيغ مختلفة ، ومعناها متقارب ، فأثبتنا النص من ق ، ولم نر داعياً لإثبات الفوارق بينها وبين النسخ الأخرى في هذا النص بالذات لما في ذلك من إثقال الحاشية بالهوامش التي ليس فيها فائدة تذكر .

غير العبد وأوصى له بثلث ماله وبيد العبد ألف دينار ، فلا يعتق من العبد إلا ثلثه ، [ولا يعتق فيما بيده من المال][1] ، ويوقف المال بيده[2] ، وقاله بعض كبار أصحاب مالك[3] .

قال ربيعة : وإن كان للعبد امرأة حرة وولده منها أحرار ، فأوصى سيد العبد لجميعهم بثلث ماله ، عتق العبد في ذلك ؛ لأن ولده ملكوا منه بعضه ، وملك [هو][4] من نفسه البعض .

[فيمن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة أو أوصى بعتق أمته ثم ولدت قبل موته أو وهب حملها]

ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ، لم يجز للورثة بيعه على أن يقبضه المشتري إلى سنة ، وإن أوصى له بخدمة عبده أو سكنى داره سنة ، جعل في ثلث قيمة الرقاب ،

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) في ط : ويكون المال بيده على هيئته .

(٣) هذه رواية ابن وهب عن مالك ، أنه إن قصر مال السيد عن قيمة العبد الموصى بعتقه لا تستتم قيمة العبد من ماله إن كان له مال . ورواية ابن القاسم المتقدمة أنه يستتم عتقه من ماله إن قصر مال السيد عن عتقه ، وكان للعبد مال ، ووجه رواية ابن القاسم : أنه إذا عتق على العبد بعضه من مال السيد وجب أن يقوم عليه باقيه إن كان له مال ، بمنزلة من أعتق شركاً في عبد فإنه يقوم عليه باقيه في ماله . ووجه رواية ابن وهب : أن السيد قصد حريته في مال السيد وليس في ماله هو ، والذي مشى عليه خليل قول ابن القاسم وروايته عن مالك حين قال : « وإن أوصى لعبده بثلثه عتق إن حمله الثلث وأخذ باقيه وإلا قوم في ماله » ، أي في مال العبد إن كان له مال . انظر : مختصر خليل (٢٨٧) ، وانظر شرحه منح الجليل (٩/٥٢٤ ـ ٥٢٥) .

(٤) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

فإن حملها الثلث نفذت الوصايا ، وإن لم يحمل [الثلث][1] ذلك خير الورثة في إجازة ذلك ، أو القطع للموصى له بثلث الميت من كل شيء بتلاً ، والوصية في العبد بالخدمة أو بالغلة سواء .

وما ولدت [الأمة][2] الموصى بعتقها قبل موت سيدها ، فهم رقيق ، وما ولدت[3] بعد موته ، فهم بمنزلتها يعتقون [بعتقها][4] معها في الثلث أو ما حمل [الثلث][5] منهم بغير قرعة .

وما ولدت المدبرة بعد التدبير ، فهو بمنزلتها يكون مدبراً معها .

ومن وهب حمل أمته ، أو تصدق به ، أو أوصى به ثم أعتقها هو أو ورثته ، عتقت بما في بطنها وبطلت الوصية والعطية[6] ، ألا ترى أنه لو وهب ما في بطنها لرجل ثم فلس ، بيعت وكان ما في بطنها لمن اشتراها .

[فيمن أخدم عبده رجلاً سنين في صحته أو مرضه ثم وهبه بعد ذلك أو قال : هو حر]

ومن أخدم عبده رجلاً سنين ، ثم بعد ذلك وهبه لرجل آخر فقبضه المخدم ، ثم مات السيد في الأجل ، فقَبْضُ[7] المخدم للعبد قَبضٌ لنفسه وللموهوب له ، وسواء

---

(١) سقطت من هـ و ط .

(٢) سقطت من ق و ك و ط .

(٣) في ك : وما ولدت المدبرة .

(٤) سقطت من ط .

(٥) سقطت من ط .

(٦) في ق : الوصية بالعطية .

(٧) في ط : فإن قبض المخدم . وفي هـ : كان قبض المخدم .

كانت الهبة والخدمة معاً أو وهبه بعد الخدمة وقبضه المخدم في صحة السيد ، فالعبد بعد الأجل للموهوب له .

ومن قال في مرضه : يخدم عبدي فلاناً سنة ثم هو حر ، فلم يقبل فلان الخدمة ، خدم العبد ورثة الميت[١] سنة ثم يعتق ، ولو وهبها للعبد أو باعها منه عتق مكانه .

وإن كان الموصى له غائباً ببلد ناء[٢] ، أجره له السلطان وأُعتق للأجل ، إلا إن كان أريد به وجه الكفالة والحضانة ، فينتظر به ويكتب إليه أو يخرج العبد إليه ، فإن انقضت السنة فيما بين ذلك ولم يجده ، كان حراً خدم فيها أو لا ، ولا شيء عليه ، كمن أبق أو مرض في الأجل الذي أعتق إليه .

ومن قال في وصيته وهو صحيح : عبدي حر بعد موتي بخمس سنين[٣] ، فإنما يحسب له من يوم موته لا من يوم وصيته .

[في الأمة يوصى بخدمتها لرجل ، وبرقبتها لآخر]

والأمة الموصى بخدمتها لرجل حياته أو أجلاً مسمى ، وبرقبتها لآخر بعد الخدمة إذا[٤] ولدت في الخدمة ، فولدها يخدم معها . وكذلك ولد العبد المخدم من أمته يولد في الخدمة ، ونفقة الموصى بخدمته في الخدمة على المخدم .

ومن أوصى لوارث بخدمة عبده سنة ، ثم هو حر والثلث يحمله ، دخل بقية الورثة

---

(١) في ك : السيد .

(٢) في هـ : ثان .

(٣) في ك و ط : عبدي حر بعد خمس سنين .

(٤) في ق : وإذا .

مع ذلك الوارث في الخدمة على المواريث إن لم يجيزوا لـه الخدمـة ، فـإذا مضـت السنة فهو حـر .

[في وصية المحجور عليه والسفيه والمصاب]

وتجـوز وصيـة المحجـور عليـه والسـفيه والمصـاب في حـال إفاقتـه ، ولا تجـوز [في حال][1] خبله ، ولا وصية مغلوب على عقله .

وتجوز وصية صبي ابن عشر سـنين وأقـل ممـا يقاربهـا إذا أصـاب وجـه الوصيـة[2] وذلك إذا لم يكن فيها اختلاط[3].

وروى ابـن وهـب أن أبـان[4] بـن عثمـان ، أجـاز وصيـة جاريـة ابنـة ثمـان سـنين [أو تسع][5][6].

---

(١) سقطت من جميع النسخ عداق .

(٢) في المدونة : قلت : ما معنى قولك : « إذا أصاب وجه الوصية »؟ قال : ذلك إذا لم يكن في وصيته اختلاط ، قال الزرويلي : قال أبو عمران : الذي يخلط في كلامه ليس بجيد العقل ، مثـل أن يذكـر في كلامه ما يبين أنه لم يعرف ما ابتدأ به كلامه أولاً . انظر : المدونة (٦/٣٣)، التقييد (٦/١٣٠).

(٣) في هـ : بذلك إلا أن يكون فيها اختلاط . وفي ط : وذلك إلا أن يكون .

(٤) في ط : روى ابن وهب عن مالك أن أبان .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) هذا الأثر رواه سحنون في المدونة عن ابن وهب عن ابن لهيعة ويحيى بن أيوب عن ابن الهاد أن بنت عم له جاريـة لثمـان سـنين أو تسـع أوصـت لعمـة لهـا بثلـث مالهـا واختصمـوا فيـه ، فأجـاز أبـان ابن عثمان بن عفان وصيتها لها . وفي الموطأ آثار بهذا المعنى في وصية الصغير عن عمر بـن الخطـاب وغـيره . انظـر : الموطـأ (٢/٧٦٢) كتـاب الوصايـا ، بـاب جـواز وصيـة الصغـير والضعيـف والمصاب والسفيه .

[في وصية الرجل بشراء عبد أبيه وعتقه ووصيته لعبده أو عبد وارثه أو عبد أجنبي أو مكاتبه]

ومن أوصى أن يشترى عبد أبيه فيعتق ، لم يزد على قيمته بخلاف الأجنبي .

ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه[1] ، كالثوب ونحوه مما يريد[2] به ناحية العبد لا نفع سيده ، كعبد كان قد خدمه ونحوه ، ومن أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره ، جاز ، ولا ينزع ذلك منه الابن .

وإن أوصى لِعبد نَفْسه بمال ، كان للعبد إن حمله الثلث ، وليس للوارث[3] انتزاعه ، ويباع بماله ، ولمن اشتراه انتزاعه . وإن أوصى بمال لعبد أجنبي ، فلسيده انتزاعه . وإن أوصى لمكاتب نفسه بوصية ، جاز ذلك .

[في الموصى له يقتل الموصي خطأ أو عمداً]

والموصى له إذا قتل الموصي خطأ ، جازت الوصية في ماله دون الدية ، وإن قتله عمداً ، فلا وصية له في مال ولا في دية ، كمن قتله[4] وارثه خطأ ، فإنما يرث من المال دون الدية ، وإن قتله عمداً ، لم يرث من مال ولا دية .

ولو أوصى له بعد أن ضربه وعلم به ، فإن كانت الضربة خطأ ، جازت الوصية في المال والدية . وأما في العمد ، فتجوز في ماله دون الدية ؛ لأن قبول الدية فيه كمال لم يعلم به .

---

(١) في ط : إلا بالتافه اليسير .

(٢) في ك : يكري .

(٣) في هـ : الورثة .

(٤) في ط و هـ : كمن قتل .

وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي ، فالوصية لورثة الموصى له ، علم بها أو لا ، ولهم ألا يقبلوها[1] ، كشفعة له أو خيار في بيع ورثوه .

[فيمن أوصى لوارث أو لامرأة ثم تزوجها بعد صحته أو لصديق ملاطف]

ومن أوصى لوارث ، لم تجز وصيته ، وإن أوصى له ثم حدث من يحجبه ، جازت الوصية إن مات [بعد علمه بمن يحجبه][2] ؛ لأن تركه لها بعد علمه بمن يحجبه إجازة [لها][3]. قال أشهب : يجوز ، علم بمن يحجبه أو لم يعلم[4].

ومن أوصى لامرأة ، ثم تزوجها في صحته ، ثم مات عنها ، بطلت الوصية .

وتجوز الوصية للصديق الملاطف بالثلث فأقل منه ، وإن زاد على الثلث ، لم يجز منه إلا الثلث إلا أن يجيزه الورثة .

وإن أقر له في المرض بدين ، جاز إن ورثه ولد ، أو ولد ولد .

وأما إن كان ورثته أبوين أو زوجة أو عصبة ونحوه لم يجز [إقراره له][5].

---

(١) في ك : ولهم أن يقبلوها .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ق و ط . المثبت من ك .

(٣) سقطت من ق .

(٤) قول أشهب هنا هو المشهور في المذهب وعليه مشى خليل في مختصره حين قال : « والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر مآله ولو لم يعلم » قال الدردير : أي : ولو لم يعلم الموصي بصيرورة الوارث غير وارث ، فالمبالغة راجعة للصورة الأولى قصد بها رد قول ابن القاسم . وقال الزرويلي عن قول ابن القاسم : إنه ضعيف ، والمعتمد نفوذ الوصية ، علم الوارث أو لم يعلم . انظر : مختصر خليل (٢٨٨)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٣٨)، منح الجليل (٩/٥٤١ ـ ٥٤٢).

(٥) سقطت من ق و هـ و ط .

[فيمن زاد في وصيته على الثلث ومن أوصى بثلث أو بعتق ونحوه ولا مال له أو له مال فهلك]

ومن أوصى في مرضه ، فَعَال[1] على ثلثه ، جاز منه الثلث . وأما ذات الزوج إذا عالت على ثلثها في عطاياها في الصحة فرده الزوج ، لم يجز منه شيء عند مالك ؛ [لأن المريض لا يريد الضرر ، وإنما يريد البر لنفسه ، فيجوز من فعله الثلث . والمرأة إذا زادت على ثلثها ، فذلك ضرر عند مالك فيرد كله ، ولا ينبغي أن يجاز بعض الضرر ويترك بعضه][2].

ومن أوصى لرجل بعبد له قيمته ألف [درهم ، ولآخر بدار قيمتها ألف][3] وترك ألفاً ، فلم تجز الورثة ، فالثلث بين الموصى لهم[4] في الأعيان ، فيكون لهذا نصف العبد ولهذا نصف الدار ، وكل وصية فلا تدخل إلا فيما علم به الميت .

وأما المدبر في الصحة فيدخل فيما علم به أو لم يعلم ، من غائب أو حاضر . فمن أوصى بثلثه أو بعتق أو بغيره ولا مال له يومئذ ، أو كان له مال ثم هلك عن مال بفائدة أو مورث ، فإن علم بالمال المستفاد قبل موته في صحته أو مرضه ، دخلت فيه الوصايا ، وإن لم يعلم به لم يدخل فيه إلا المدبر في الصحة ، وكل دار ترجع بعد موته من عمرى أو [من][5] حبس هو من ناحية التعمير ، فالوصايا تدخل فيه ، ويرجع فيه من انتقض من وصية ، وإن بعد عشرين سنة .

---

(١) عال : أي زاد .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٤) في ط و هـ : الموصى لها .

(٥) سقطت من ك .

وأما الحبس المبتّل ، فلا يرجع ميراثاً ولا ترجع فيه الوصايا .

[فيمن أوصى بعتق كل مملوك ، وما يبدأ به من الوصايا ، والدين]

ومن أوصى بعتق كل مملوك له ، وقد ورث رقيقاً لم يعلم بهم ، فلا يعتق منهم إلا من علمه [منهم][1] ، والدين مبدأ على الوصايا ، والإجماع على ذلك .

وأول ما يبدأ[2] في الثلث ، المدبر في الصحة على كل وصية وعلى العتق الواجب وغيره ، وليس للميت أن يرجع في تدبيره قبل موته ، وله أن يرجع في الوصية بالعتق قبل موته ، بخلاف ما بتل في مرضه . ويبدأ المدبر في الصحة على ما بتل في المرض أو ما أوصى به مما فرط فيه ، من زكاة أو كفارة أو نذر . وما أوصى به من زكاة فرط فيها أو كفارة أو نذر فهو في الثلث .

فأما المريض يحل حول زكاته ، أو يقدم عليه مال حلّ حوله ، فما عرف من هذا فأخرجها في مرضه أو أمر بذلك ثم مات ، فإنها خارجة[3] من رأس ماله ، فإن لم يأمر بها لم يقض بها على الورثة ، وأمروا بغير قضاء .

وإذا أقر المريض بدين ، وأوصى بزكاة فرط فيها ، وبتل في المرض [ودبّر فيه][4] ، وأوصى بعتق عبد له بعينه ، وبشراء عبد بعينه ليعتق ، وأوصى بكتابة عبد له [بعينه][5] ، وبحجة الإسلام ، وبعتق نسمة بغير عينها ، فالديون تخرج من

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ط : يبدأ به .

(٣) في ق و ك و هـ : فارغة . ومعنى قوله : « في رأس ماله » ، أي : أنها ليست من الثلث ، وإنما من أصل المال .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) سقطت من ق و هـ و ط .

رأس ماله وإن كانت لمن يتهم فيه . وهذا الذي ذكرنا في ثلث ما بقي ، فإن كان الدين لمن يجوز إقراره له أخذه . وإن كان لمن لا يجوز إقراره له ، رجع ميراثاً ثم يبدأ بالزكاة فيما ذكرنا ، ثم المبتل[1] والمدبر في المرض معاً ، ثم الموصى له بالعتق [بعينه][2] والمشترى بعينه معاً ، ثم المكاتب بعينه ثم النسمة بغير عينها مع الحج معاً[3]. وقد قال[4]: يبدأ بالرقبة لضعف أمر الحج[5].

ومن قال : أعتقوا عبدي فلاناً بعد موتي واشتروا نسمة فأعتقوها عني ، بدئ بالعبد الذي بعينه .

ومن أوصى بشيء في السبيل ، بدئ بأهل الحاجة منهم ، وإن قال : ثلث مالي لفلان وللمساكين ، أو في السبيل والفقراء واليتامى ، قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثاً ولا أنصافاً .

---

(١) تقدم أن المبتل هو المنجز عتقه في المرض .

(٢) سقطت من ط .

(٣) أي فيتحاصان .

(٤) في هـ : وقد قال مالك .

(٥) هذا هو قول مالك الثاني ، وقد وقع الاختلاف أيضاً في هذه المسألة لابن القاسم ، فمرة قال : إن عتق غير المعين مع الحج في مرتبة واحدة يتحاصان معاً ، ومرة قال : إنه يبدأ بعتق الرقبة ، والمشهور في المذهب أنهما في مرتبة واحدة وأنهما يتحاصان إذا كان الحج حج صرورة ، أي لم يحج صاحبه من قبل ، أما إذا كان حج تطوع فيبدأ بعتق الرقبة غير المعينة قولاً واحداً . وإلى هذا أشار خليل بقوله : « ثم بعتق لم يعين ثم حج إلا لصرورة فيتحاصان ». انظر : مختصر خليل (٢٨٩)، منح الجليل (٩/٥٥٤)، حاشية الدسوقي (٤/٤٥٤)، المقدمات (٣/١٢٤) .

ومن أوصى بعتق عبده بعد موته بسنة ، ولفلان بثلثه أو بمائة دينار ، والعبد هو الثلث بدئ بالعبد ولم يعتق إلا بعد سنة ، وخُيّر الورثة : [بين][1] أن يعطوا المائة أو الثلث للموصى له بالثلث ويأخذوا الخدمة ، وبين أن يسلموا هذه الخدمة للموصى له ؛ لأنها بقية الثلث ، فإن أسلموها إليه فمات العبد قبل السنة عن مال ، فهو لأهل الوصايا ، وإن لم يحمل العبد الثلث خير الورثة في إجازة الوصية أو العتق من العبد مبلغ الثلث بتلاً وتسقط [جميع][2] الوصايا ؛ [لأن العتق مبدأٌ على الوصايا][3]. وقاله جميع الرواة إلا أشهب[4].

قال مالك : ومن دبّر عبداً في مرضه وقال لآخر : إن حدث بي حدثُ

---

(١) سقطت من ق و ك .

(٢) سقطت من هـ و ط .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٤) هذه الجملة : « وقاله جميع الرواة إلا أشهب » لم تأت ضمن هذه المسألة في نسخ المدونة التي بين أيدينا ، وإنما في المسألة التي بعدها ، وهي هنا - كما ترى - مكررة في المسألتين . وقد قال الزرويلي : إنها أتت في المسألتين في رواية ابن سهل ، وأما في رواية ابن عتاب فإنها لم تأت إلا في المسألة الثانية فقط ، ويبدو أن البرادعي اعتمد في تهذيبه على رواية ابن عتاب . وقد ذُكرت عن أشهب في هذه المسألة روايتان : إحداهما مثل رواية ابن القاسم هنا التي عليها جميع الرواة ، وهي التي رجع إليها أشهب . والأخرى أنه يعتق من العبد محمل الثلث إلى الأجل ، ويخدم الموصى لهم بقية الأجل ، فإن وفى بالوصية قبل الأجل خرج حراً ، وإن مضى الأجل وقد بقي شيء من الوصية سقط . انظر : المدونة (٦/٤١)، التقييد (٦/١٣٤) .

الموت فأنت حرٌّ ، فالمدبر مبدأ. [قال سحنون :][1] وكذلك عند جميع الرواة إلا أشهب[2].

ومن باع في مرضه عبداً أو حابى فيه ، وقيمة العبد الثلث ، وأعتق عبداً له آخر وقيمة المعتق الثلث ، بُدئ بالمعتق ، كما لو أعتق عبداً وأوصى بوصية ، كان العتق مبدأ .

وإن قال : إن مت فمرزوق حر ، وميمون حر على أن يؤدي إلى ورثتي مائة دينار ، فإن عجل ميمون المائة تحاصا ، وإلا بُدئ مرزوق . فإن بقي من الثلث ما لا يحمل ميموناً خُيّر الورثة بين إمضاء الوصية أو يعجلوا فيه عتق بقية الثلث .

وقيل : يبدأ الموصى بعتقه على الذي قال يؤخذ منه مال ويعتق[3]. [وإن أوصى

---

(١) سقطت من ط .

(٢) فقد قال : إنهما يتحاصان ؛ لأنه حمل قوله : إذا مت فعبدي حر ، على التدبير ، أما ابن القاسم وباقي الرواة فقد حملوه على الوصية ، لذلك قالوا : يبدأ المدبر . والمشهور في المذهب ما ذهب إليه ابن القاسم وجميع الرواة من تقديم المدبر في المرض على الموصى بعتقه بعد الموت . وإلى ذلك أشار خليل بقوله : « ومدبر المرض ثم الموصى بعتقه » . انظر : المقدمات (٣/١٢٠)، مختصر خليل (٢٨٩)، منح الجليل (٩/٥٥٤) .

(٣) ومأخذ هذا القول : أن الموصى بعتقه من غير مال قد آثره على الموصى بعتقه على مال فينبغي أن يقدم الذي آثره الميت ، والمشهور المعتمد في المذهب القول الأول وهو قول ابن القاسم أنه إن عجل الموصى بعتقه على مال تحاص في الثلث مع الموصى بعتقه من غير مال ؛ لأن الموصى بعتقه على مال بعد دفعه المال ، أصبح في منزلة واحدة مع الموصى بعتقه من غير مال ، فينبغي أن يتحاصا ، وإلى القول المشهور أشار خليل بقوله : « ثم الموصى بعتقه معيناً عنده أو يشترى أو لِكَشَهْر أو بمال فعجله » ، قال عليش : فالأربعة في مرتبة واحدة فيتحاصون عند الضيق . انظر : التقييد (٦/١٣٥)، مختصر خليل (٢٨٩)، منح الجليل (٩/٥٥١) .

بعتق هذا وبكتابة هذا ، بدئ العتق][1] .

وإن أوصى بعتق عبد معجل وآخر إلى شهر ، تحاصّا لقرب الأجل ، ولو بعد الأجل كالسنة ونحوها بُدئ بالمعجل في الثلث .

وإن أوصى بمال وأوصى بحج ، تحاصا . وكذلك إن أوصى بمال وأوصى بعتق نسمة بغير عينها ، تحاصّا .

والموصي برقبة[2] وبحج ، وثلثه يحمل الرقبة وبعض الحجة ، فبدّينا بالرقبة ، فإنه يُحج عنه ببقية الثلث من حيثما بلغ ولو من مكة .

وإن أوصى أن يحج عنه ، فلم يبلغ ثلثه ما يحج [به][3] عنه إلا من المدينة أو من مكة ، فلتنفذ وصيته ، وإن لم يوص فلا يحج عنه .

وكره مالك[4] أن يتطوع الولد من مال نفسه فيحج عن أبيه ، وكان يقول : لا يعمل أحد عن أحد .

ومن أعتق في مرضه عبداً بعينه يملكه ، أو أوصى بعتقه بعد موته وأوصى بوصايا ، فالعبد[5] إذا كان بعينه يبدأ . وكذلك إن أوصى بشراء رقبة بعينها فتعتق ، فهي أيضاً مبدأة .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) في ك : برقبته .

(٣) سقطت من ق .

(٤) الكراهة هنا على بابها . وقد تقدم الكلام على هذه المسألة في كتاب الحج في الجزء الأول وتم التعليق عليها هناك ، أنظر منه (ص ٥٨٤) .

(٥) في ك : فالعتق .

وإن أوصى بدنانير في رقبة ، فهو يحاص أهل الوصايا .

وروى [ابن وهب][1] أن النبي ﷺ أمر بتبدية العتق[2] على الوصايا[3] ، وفعل ذلك أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - .

ولا يقدم ما قدم الميت في لفظ أو كتاب ولا يؤخر ما أخر وليقدم الأوكد إلا أن ينص على تبدئة غير الأوكد فيقول : ابدءوا عتق النسمة بغير عينها على التي بعينها فينفذ .

[ولو][4] لم يبدّه[5] الميت لكان المعتق بعينه أولى بالثلث ، فإن فضل شيء كان للآخر ، [ولا يلتفت إلى اللفظ في كلام الموصي إلا أن يبديه الميت كما وصفنا[6] .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ط : أهل العتق على أهل الوصايا وفعل ذلك الخليفتان .

(٣) هذا الحديث ذكره سحنون في المدونة عن ابن وهب قال : سمعت حيوة بن شريح يقول : حدثني السكن بن أبي كريمة أنه سأل يحيى بن سعيد الأنصاري عن الرجل يوصي بوصايا كثيرة وعتاقة أفضل من الثلث ؟ قال : بلغنا أن رسول الله ﷺ أمر أن يبدأ بالعتاقة ، وقد صنع ذلك أبو بكر وعمر ، والحديث بهذا اللفظ رواه البيهقي (٢٧٧/٦) كتاب الوصايا ، باب ما يبدأ به من الوصايا ، ورواه الدارمي ٤١٤/٢ كتاب الوصايا ، باب ما يبدأ به من الوصايا ، ورواية الدارمي عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة ، ثم ذكره . ورواه أيضاً عن الحسن وابن سيرين والشعبي وعطاء ، وكل طرق هذا الحديث مرسلة .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) في ط : يبدأ به .

(٦) قوله : ولا يلتفت إلى اللفظ . . . إلخ ، أي أنه لا يلتفت إلى تقديم الوصي الميت أو تأخيره للموصى له في اللفظ ما لم ينص على التقديم ، كأن يقول : ابدءوا بكذا ثم كذا ، وقد تقدم هذا .

وقد قال الله تبارك وتعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾[1] ، فأجمع أهل العلم أن الدين يُبدّا على الوصايا][2] .

* * *

* *

*

(١) سورة النساء ، الآية (١١) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ك ، والمثبت من ك و ز و ط ، وهو في المدونة .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الوصايا الثاني ﴾

[في اختلاف الشهادات في الوصايا]

[1] وإذا شهد ولدان للميت أن أباهما أعتق هذا العبد ، وشهد أجنبيان أنه أوصى بالثلث لرجل ، والعبد هو الثلث ، فإن كان عبداً يتهمان في جر ولائه ، لم تجز شهادتهما وجازت الشهادة بالوصية ، وإن لم يتهما ، فهي جائزة ، وهذا كشهادتهما بذلك ومعهما من الورثة نساء ، فما يتهمان فيه مع النساء يتهمان فيه مع الموصى له .

[ابن القاسم :][2] ومن قال في وصيته : يخدم عبدي فلاناً سنة ثم هو حر ، ولم يدع سواه ، فإن لم يجز الورثة ، بُدئ بالعتق ، فعتق ثلث العبد بتلاً وتسقط الخدمة .

[قال سحنون : وعلى هذا أكثر الرواة[3]][4] .

---

(١) في هـ : قال ابن القاسم .

(٢) سقطت من ق .

(٣) تقدمت هذه المسألة ، وتقدم أن الذي خالف أكثرَ الرواة هو أشهب ، وأن المشهور قول ابن القاسم وأكثر الرواة . انظر (ص ٢٥٨) من هذا الجزء .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

[فيمن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة أو أكثر ثم هو لفلان أو هو معتق ، أو أوصى بسكنى داره كذلك]

[قال مالك :][1] ومن أوصى [لرجل][2] بخدمة عبده سنة ، أو سكنى داره سنة ، وليس له مال غير ما أوصى فيه[3] ، [أو له مال لا يخرج ما أوصى به من الثلث][4] ، خيّر الورثة في إجازة ذلك أو القطع بثلث الميت[5] من كل شيء للموصى له .

[قال سحنون : وهذا قول الرواة كلهم لا أعلم بينهم فيه اختلافاً][6] .

قال مالك : وأما إن أوصى له برقبة عبد أو دار ، والثلث لا يحمل ذلك ، فإنه يقطع لذلك محمل الثلث في تلك الأعيان .

[قال سحنون : وهذا في الوصية بالخدمة والسكنى قول الرواة كلهم ، لا أعلم بينهم فيه اختلافاً ، وهو أصل من أصول قولهم .

وكذلك قال ابن أبي سلمة إذا أوصى بسكنى داره ولا مال له غيرها : إن الورثة يخيرون في إجازة ذلك أو يقطعون له بثلثها بتلاً][7] .

---

(١) سقطت من ط .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ط : غير ما أوصى به من الثلث .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) في ط و ك : بثلث ماله .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ق و هـ .

ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ، أو حياته ثم هو لفلان ، فإن حمله الثلث بُدئت الخدمة ، فإذا انقضت [الخدمة][1] أخذه صاحب الرقبة ، زادت قيمته [الآن][2] أو نقصت عن القيمة التي نفذت في الثلث ، وإن حمل الثلث بعضه ، خدم ذلك البعض ، إن كان نصفه ، خدم الموصى له بالخدمة يوماً وللورثة يوماً ، فإذا انقضى أجل الخدمة صار نصفه لصاحب الرقبة ، وللورثة بيع حصتهم قبل السنة .

ومن هلك ولم يدع غير ثلاثة أعبُد قيمتهم سواء ، فأوصى بأحدهم لرجل ، وبخدمة الآخر لآخر حياته ، فإن لم يجز الورثة أسلموا الثلث ، فضرب فيه صاحب الرقبة بقيمتها ، وصاحب الخدمة بقيمتها على غررها[3] على أقل العمرين : عمر العبد [أو عمر][4] المُخْدَم ، [يقال : بكم يتكارى هذا العبد إلى انقضاء أقلهما عمراً ، المخدوم أو العبد ، إن حيي إلى ذلك فهو لكم ، وإن مات [قبل ذلك][5] بطل حقكم ، فما صار لصاحب الرقبة أخذه فيها ، وما صار لصاحب الخدمة كان به شريكاً في سائر التركة بتلاً .

وكذلك إن أوصى مع ذلك لآخر بالثلث فإنهم يتحاصون في ثلث الميت ، إذا لم يجز الورثة كما ذكرنا .

---

(١) سقطت من ق و هـ .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في المدونة : قلت : وما معنى قول مالك في الخدمة أنها تقوم على غررها ؟ قال : على الرجاء والخوف أنه يؤاجر ذلك بمنزلة أن لو قيل : بكم يتكارى . . . إلخ . انظر : المدونة (٤٧/٦) .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) سقطت من ط .

ومن أوصى لرجل بمائة دينار ، ولآخر بخدمة عبده حياته ثم هو حر ، والعبد كفاف الثلث . قال مالك ـ رحمه الله ـ : يعمر الموصى له بالخدمة حياته ، أو العبد إن كان أقصرهما عمراً ، فتقوم خدمة العبد تلك السنين ذهباً ، ثم يتحاص هو والموصى له بالمائة في خدمة العبد ، فإذا هلك الموصى له بالخدمة ، خرج العبد حراً .

وإن لم يحمل العبد الثلث ولم يجز الورثة ، عتق من العبد مبلغ الثلث ، وسقطت الوصايا بالخدمة وغيرها .

وإن قال في وصيته : لفلان مائة دينار ، ولفلان خدمة عبدي [هذا][1] حياته ، ثم هو لفلان ، والثلث لا يحمل وصيته ، فإن لم يجز الورثة ، أسلموا الثلث فضرب فيه صاحب المائة بمائة ، ولا يضرب معه صاحب الرقبة وصاحب الخدمة إلا بقيمة الرقبة فقط ، فما صار لهما في المحاصة من الثلث أخذاه في [العبد][2]، وما صار لهما من العبد بُدئ فيه المخدم [بالخدمة][3]، فإن مات المخدم ، رجع[4] ما كان من العبد [في][5] الخدمة لصاحب الرقبة ، وما صار لصاحب المائة ، كان به شريكاً للورثة في جميع التركة ، ولا يعمر المخدم في هذه المسألة ، ويعمر في التي قبلها .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقطت من ط .

(٤) ق ط : صار .

(٥) سقطت من ق .

وإن قال في وصيته : عبدي يخدم فلاناً ، ولم يقل : حياته ولا أجلاً ، وأوصى أن رقبته لفلان ، ولم يقل : من بعده ، قومت الرقبة وقومت الخدمة على غررها حياة الذي أخدم ، ثم تحاصا في رقبة العبد بقدر ذلك[1].

وقال أشهب : بل هي وصية واحدة ، والخدمة حياة فلان ، ثم يرجع إلى صاحب الرقبة[2].

وإن أخدمت عبدك رجلاً أجلاً مسمى ، فمات الرجل قبل انقضاء الأجل ، خدم العبد ورثته بقية الأجل إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة ، وإنما هو من عبيد الخدمة .

ومن قال : قد وهبت خدمة عبدي لفلان ، ثم مات فلان ، فإن لورثته خدمة العبد ما بقي ، إلا أن يستدل من قوله : [إنه][3] إنما أراد حياة المخدم . وقال

---

(١) في ط : ويقدر ذلك .

(٢) مصدر الخلاف هنا بين ابن القاسم وأشهب أن ابن القاسم حمل مدة الخدمة على مدة حياة العبد ـ كما في المسألة التي قبلها ـ فلذلك رأى أنه لا بد لكي يأخذ كل واحد من الموصى لهما حقه ، أن تقوم الرقبة والخدمة ثم يتحاصان القيمة ، وأشهب حمل مدة الخدمة على مدة حياة فلان ، إذ لو حملت على مدة حياة العبد لكانت هبة لرقبته وهي قد وهبت للآخر . والمشهور في المذهب ما ذهب إليه ابن القاسم ، وما قاله أشهب لا يلزم ، وليس تمليك خدمة العبد مدة حياته هو تمليك رقبته ؛ إذ ملك رقبته يترتب عليه أخذ ماله الذي يموت عنه وأخذ إرش جنايته إذا جني عليه في حياته ، وليس الأمر كذلك بالنسبة لملك خدمته فقط . انظر : منح الجليل (٥٦٧/٩ ـ ٥٦٨) ، التقييد (١٣٩/٦) .

(٣) سقطت من ق .

أشهب : يحمل على أنه [أراد][1] حياة فلان ، ولو كانت حياة العبد كانت هبة لرقبته[2].

ومن أوصى بخدمة عبده لرجل حياته ، وقال : ما بقي من ثلثي فلفلان ، فكان[3] العبد هو الثلث ، بدئ بالخدمة ، فإذا انقضت كانت الرقبة لصاحب باقي الثلث ، زادت قيمته الآن أو نقصت .

وكذلك من قال : داري حبس على فلان حياته ، وما بقي من ثلثي فلفلان ـ والدار كفاف الثلث ، فإذا رجعت الدار ، كانت لصاحب [باقي][4] الثلث .

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) خلاف أشهب في هذه المسألة كخلافه في التي قبلها ، ومنشأ الخلاف واحد ، وهو أنه رأى أنه لو حمل على حياة العبد لكان تمليكاً لرقبته ، وقد بينا أن ما قاله لا يلزم ؛ لأن ملك الرقبة يلزم منه أخذ ما تركه العبد من مال وأخذ أرش الجناية عليه ، وملك الخدمة لا يلزم منه إلا مجرد ملك الخدمة ، فليست هبة خدمة العبد مدة حياته هي هبة لرقبته ، لما تقدم من فرق بين ملك الرقبة وملك الخدمة .

والمشهور ـ كما قدمنا ـ قول ابن القاسم ، وإليه أشار خليل بقوله : « وبمنافع عبد ورثت عن الموصى له » ، قال عليش : أي وإن أوصى لشخص بمنافع عبد معين ولم يقيد بحياة الموصى له ولا بحياة العبد ، فحمله ابن القاسم في المدونة على حياة العبد ، فإن مات الموصى له والعبد حيٌّ ورثت منافعه عن الموصى له . . . وقال أشهب : يحمل على حياة فلان ؛ إذ لو حمل على حياة العبد لكانت هبة لرقبته ، قال ابن يونس : قال بعض أصحابنا : قول ابن القاسم جيد وليس كهبة الرقبة ؛ لأنه بيّن قصر هبته على الخدمة فقط دون المال الذي يموت العبد عنه ، أو أرش جناية عليه ، فقد أبقاها لنفسه ، فلا يلزم ما قال أشهب . انظر : مختصر خليل (٢٨٩)، منح الجليل (٩/٥٦٧ ـ ٥٦٧) .

(٣) في ط : فإن كان .

(٤) سقطت من هـ .

[فيمن أوصى بوصايا متعددة فيها ما هو مجهول إلى غير أمد]

[ومن أوصى بشيء][1] يخرج كل يوم إلى غير أمد ، من وقيد في مسجد ، أو سقي ماء ، أو بخبز كل يوم بكذا وكذا أبداً ، وأوصى مع ذلك بوصايا ، فإنه يحاص بها المجهول في الثلث ، وتوقف حصته لذلك ، [وهو قول أكثر الرواة[2]][3].

[فيمن أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيره ، أو أن يؤاجر أرضه منه سنين]

[قال مالك ـ رحمه الله ـ :][4] ومن أوصى بسكنى داره لرجل [حياته][5] ولا مال له غيرها ، قيل للورثة : أسلموا إليه سكناها وإلا فاقطعوا له بثلثها بتلاً . وقاله ابن أبي سلمة وجميع الرواة[6].

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) وقد خالف فيه أشهب فقال : يضرب له في المال كله ، والمعتمد في المذهب قول ابن القاسم وأكثر الرواة ، وإليه أشار خليل بقوله : « وضرب للمجهول فأكثر بالثلث » ، قال عليش : أي وإن أوصى بعدد معلوم من الدراهم لمعين وبعدد منها لشراء خبز وتفريقه على المساكين كل يوم وبعض منها أيضا لتسبيل ماء كل يوم ، ولم يسم جملة ما للخبز ، ولا جملة ما للماء ، ضرب في تنفيذ الوصايا للمجهول بجميع الثلث وزيد عليه المعلوم ، وقسم الثلث عليهما ، فما ناب المعين من الثلث أخذه الموصى له به ، وما ناب المجهول وقف عند أمين وصرف منه كل يوم القدر الذي سماه الموصي في الخبز والماء حتى يفرغ . انظر : منح الجليل (٩/٥٣٢-٥٣٥) ، مختصر خليل (٢٨٩).

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ط .

(٤) سقطت من ط و هـ .

(٥) سقطت من ق و ط .

(٦) قال الزرويلي : أي بلا خلاف ؛ لأنه ليس هنا غيرها ، ولو كان معها غيرها لكان الخلاف المتقدم ، يشير إلى خلاف أشهب في المسألة السابقة . انظر : التقييد (٦/١٤٠) .

وإن أوصى أن يؤاجر أرضه منه سنين مسماة ، بثمن معلوم ، وقيمة الأرض أكثر من الثلث ، فلم يجز الورثة ، قيل لهم : فأخرجوا له من ثلث الميت بتلاً بغير ثمن .

[فيمن أوصى بوصايا وله مال حاضر وآخر غائب]

ومن أوصى بوصايا وله مال حاضر ومال غائب ، ولا تخرج الوصايا مما حضر[1] ، خُيّر الورثة بين إخراجها مما حضر[2] ، أو إسلام ثلث الحاضر والغائب لأهل[3] الوصايا يتحاصون فيه ، وكذلك إن أوصى لرجل بمائة دينار ، وهي لا تخرج من ثلث ما حضر ، خُيّر الورثة بين تعجيلها مما حضر أو يقطعوا له بثلث الميت في الحاضر والغائب ، وإن لم يترك إلا مائة عيناً ومائة ديناً ، فأوصى لرجل بثلث العين ولآخر بثلث الدين ، فذلك نافذ ، ولكل واحد ثلث مائته بلا حصاص .

[فيمن أوصى لرجل بعين ولآخر بدين]

وإن أوصى لهذا بخمسين من العين ، ولآخر بأربعين من الدين ، فإن لم يجز الورثة أسلموا ثلث العين والدين إليهما ، ونظر كم قيمة الأربعين الدين[4] نقداً ، فإن قيل : عشرون ، كان ثلث الدين والعين بينهما على سبعة أجزاء للموصى له بخمسين خمسة أجزاء ، وللموصى له بأربعين جزآن .

---

(١) أي من ثلث ما حضر لا من جميعه ، أي أن ثلث ما حضر لا يفي بجميع الوصايا .

(٢) أي من جميع المال الحاضر لا من ثلثه ؛ لأن ثلثه - كما تقدم - لا يفي بجميع الوصايا . انظر : المدونة (٦/٥٣)، التقييد (٦/١٤٠) .

(٣) في ق : لأن أهل الوصايا .

(٤) في ط : من الدين .

[فيمن أوصى لرجل بدين لا يحمله الثلث وله عين حاضرة]

ومن أوصى لرجل بدين لا يحمله الثلث وله عين حاضرة ، فإما أجازه الورثة ، أو قطعوا له بثلث العين والدين ، وكذلك إن أوصى من العين بأكثر من ثلث العين وله عقار وعروض كثيرة ، فقال الورثة : لا نسلم العين ونأخذ العروض ، فإما أعطوه ذلك من النقد ، وإلا قطعوا له [بثلث][1] ما ترك الميت من عرض ، أو دين ، أو عين ، أو عقار ، أو غيره إلا في خصلة واحدة ، فإن مالكاً اختلف فيها قوله ، فقال مرة : إذا أوصى له بعبد بعينه أو بدابة بعينها ، وضاق[2] الثلث ، فإن لم يجز الورثة قطعوا له بالثلث من كل شيء .

وقال مرة : بمبلغ الثلث من جميع التركة في ذلك الشيء بعينه ، وهذا أحب إليّ[3] .

[فيمن أوصى بعتق عبد لا يخرج مما حضر وله مال غائب يخرج منه ، وفي رد الموصى له الوصية]

ومن أوصى بعتق عبده وهو لا يخرج مما حضر ، وله مال غائب يخرج فيه ، فإن العبد يوقف لاجتماع المال ، فإذا اجتمع قوّم حينئذ في ثلثه ، وليس له أن يقول : أعتقوا مني ثلث الحاضر الساعة . قال سحنون : إلا أن يضر ذلك بالموصى له وبالورثة فيما يعسر جمعه ويطول[4] .

---

(١) سقطت من ط .

(٢) في ط : وصار .

(٣) وهو المعتمد في المذهب ، وهو قول مالك الأخير الذي رجع إليه . انظر : منح الجليل (٥٦٣/٩).

(٤) وكذلك رواه أشهب عن مالك وقاله ابن القاسم . والضرر على الموصى له بمنعه من التصرف الكامل في نفسه ؛ لأنه لم تتم حريته بعد ، والضرر على الورثة لمنعهم من التصرف في التركة مع حاجتهم إلى ذلك . انظر : التقييد (١٤١/٦) .

ومن ردّ ما أوصي له به ، رجع ميراثاً بعد أن يحاص به أهل الوصايا ، مثل أن يوصي لثلاثة نفر بعشرة عشرة ، وثلثه عشرة ، فيرد أحدهم وصيته ، فللباقين ثلثا الثلث . وهذا قول جميع الرواة لا اختلاف بينهم فيه .

[فيمن أوصى لرجل بماله ولآخر بثلثه ولآخر بعشرين ديناراً ، أو لواحد بثلثه ولآخر بربعه أو سدسه أو أوصى له بثلثه ولآخر بعبده]

ومن أوصى لرجل بماله ، ولآخر بنصفه ، ولآخر بثلثه ، ولآخر بعشرين ديناراً ، والتركة ستون ، فَخُذْ لصاحب الكل ستة أجزاء ، ولصاحب النصف ثلاثة [أجزاء][1] ، ولصاحب الثلث اثنين ، ولصاحب العشرين سهمين ؛ لأن عشرين هي الثلث ، فذلك ثلاثة عشر جزءاً يقسم عليها الثلث فيأخذ كل واحد ما سميناه له .

وكذلك إن أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بربعه ، ولآخر بسدسه أو خمسه ، ولم يجز الورثة تحاصوا في الثلث من عين ودين وغيره على الأجزاء ، وهذا على حساب عول الفرائض .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وما أدركت الناس إلا على هذا[2]. قال سحنون : وهو قول جميع الرواة لا اختلاف بينهم فيه .

ومن أوصى لرجل بثلثه ، ولآخر بعبده ، وقيمته الثلث ، فهلك العبد بعد[3] موت السيد وقبل النظر في الثلث ، فإن ثلث ما بقي للموصى له بالثلث ، وكأن الميت لم يوص إلا بثلثه لهذا فقط .

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) انظر : المدونة (٦/٥٥) .

(٣) في ق : يوم .

ومن أوصى بثلث ماله لرجل ، وبربع ماله لآخر ، وأوصى بأشياء بعينها لقوم ، نظر إلى قيمة هذه المعينات وإلى ما أوصى به من ثلث وربع ، فيضربون في ثلث الميت بمبلغ وصاياهم ، فما صار لأصحاب الأعيان من ذلك أخذوه في ذلك ، وما صار للآخرين كانوا به شركاء مع الورثة .

وإن هلكت الأعيان بطلت الوصايا فيها ، وكان ثلث ما بقي بين أصحاب الثلث والربع ، يتحاصون فيه .

ومن أوصى لرجل بعبده ، ولآخر بسدس ماله ، والعبد هو الثلث ، فللموصى له بالعبد ثلث الثلث[(١)] في العبد ، والآخر شريك للورثة بسبع ما بقي من بقية العبد وسائر التركة .

وإن كان العبد السدس ، كان جميعه للموصى له بالعبد ، والآخر شريك للورثة بخمس بقية التركة ، وقاله علي بن زياد [ورواه][(٢)] عن مالك .

[في الوصية للوارث والأجنبي والوصية في السبيل]

وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : لا تجوز وصية لوارث ، إلا أن يشاء الورثة[(٣)] .

---

(١) في ك و هـ و ط : ثلثا الثلث . والمثبت من ق ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٢) سقطت من ق و ك و ط ، والمثبت من هـ ، وهو الموافق لما في المدونة ، وزاد فيها : وعلى ذلك قول ابن القاسم . انظر : المدونة (٦/٥٦) .

(٣) الحديث بهذا اللفظ رواه الدارقطني (٤/١٥٢) حديث رقم (٩، ١٠، ١١) من حديث ابن عباس بطرق مختلفة أغلبها مرسلة إلا واحدة عن يونس بن راشد عن عطاء الخراساني عن عكرمة عن ابن عباس . وأخرجه أبو داود في المراسيل (٣٩) . والحديث حسنه الحافظ ابن حجر في =

ومن أوصى لوارث وأجنبي ، تحاصا ، وعاد حظ الوارث موروثاً إلا أن يجيز الورثة ، ولو لم يدع إلا هذا الوارث الموصى له ، لم يحاص الأجنبي في ضيق الثلث وبُدئ الأجنبي .

قال يحيى بن سعيد فيمن أوصى بثلثه في السبيل[1] ، فإن وليّه يضعه في السبيل[2] ، فإن أراد أن يغزو به وله ورثة غيره يريدون الغزو ، فإنهم يغزون به بالحصص ، فإن لم يرثه غيره ، فلا بأس باستنفاقه منه[3] فيما وضع فيه .

قال ربيعة : وإن أوصت امرأة لبعض ورثتها بوصية ، وفي السبيل بوصية ، فأجاز الزوج ذلك ثم قال : إنما أجزت رجاء أن يعطوني الوصية التي في السبيل ؛ لأنه غاز ، فليس ذلك له ، ويلزمه ما أجاز .

= التلخيص ، وقال في بلوغ المرام وإسناده حسن وحسنه الزيلعي ، قال الصنعاني في سبل السلام : ولا يخلوا إسناد كل واحد من طرقه من مقال ، لكن مجموعها ينهض على العمل به ، بل جزم الشافعي في الأم أن هذا المتن متواتر ، فإنه قال : إنه نقل كافة عن كافة ، وهو أقوى من نقل واحد ، قال الصنعاني : الأقرب وجوب العمل به لتعدد طرقه ، ولما قاله الشافعي ، وإن نازع في تواتره الفخر الرازي ، ولا يضر ذلك بثبوته ، فإنه متلقى بالقبول من الأمة - كما عرف - . وقد ترجم له البخاري فقال : باب لا وصية لوارث ، وكأنه لم يثبت على شرطه فلم يخرجه ، ولكنه أخرجه بعده عن عطاء عن ابن عباس موقوفاً في تفسير الآية ، وله حكم الرفع . انظر : نيل الأوطار (١٥١/٦) ، سبل السلام (٢٠٥/٣) ، التعليق المغني على الدارقطني (١٥٢/٤) بهامش سنن الدارقطني .

(١) السبيل المراد به : الجهاد في سبيل الله ، وكذلك السبيل إذا أُطلق . انظر : التقييد (١٤٦/٦) .

(٢) في ط : فإن واجبه يضعه في السبيل .

(٣) في ك : منه بالمعروف .

[في الوصية بالحج وما ينفذ منها]

[1] ومن أوصى عند موته أن يحج عنه[2] ، أنفذ ذلك ، ويحج عنه من قد حج [عن نفسه][3] أحب إلي . وإن استؤجر من لم يحج ، أجزأ ، وتحج المرأة عن الرجل والرجل عن المرأة ، ولا يجزئ أن يحج عنه صبي ، أو عبد ، أو من فيه علقة رق ؛ إذ لا حج عليهم ، ويضمن الدافع إليهم ، إلا أن يظن أن العبد حر وقد اجتهد ولم يعلم ، فإنه لا يضمن .

سحنون : وقال غيره : لا يزول عنه الضمان بجهله[4] .

وإن أوصى أن يحج عنه[5] عبد ، أو صبي[6] بمال ، فذلك [جائز][7] نافذ ، ويدفع ذلك إليه ليحج به عنه إن أذن السيد لعبده والوالد لولده ، وذلك أنه كتطوع[8]

---

(١) في هـ : قال ابن القاسم .

(٢) أي حجة الفرض ، كما يدل عليه قوله : ويحج عنه من قد حج عن نفسه أحب إلي ، وأحب هنا على بابها ، أي أن المستحب أن يحج عنه من قد حج عن نفسه ، ويكره أن يحج عنه من لم يحج عن نفسه ؛ لأنه قد يضيع الفرائض لكونه لم يسبق له الحج ، ولأنه قد ينوي الحج عن نفسه . انظر : التقييد (١٤٤/٦) .

(٣) سقطت من ق و ك و هـ .

(٤) والمشهور قول ابن القاسم أنه لا يضمن ؛ لأنه مأذون له في صرف هذا المال على الاجتهاد ، فلا يضمن ، كالأجير والراعي . وقد تقدم الكلام على هذه المسألة في كتاب الحج في الجزء الأول ، انظر منه (ص ٥٨٥) .

(٥) يريد هنا حج تطوع ـ كما سيصرح بذلك فيما يأتي .

(٦) في ك : أو وصى .

(٧) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٨) في ك و ط : كمتطوع أوصى به .

أوصى به ، فهو لو لم يكن صرورة فأوصى بحجة تطوعاً ، أنفذت ولم ترد ، فهذا مثله .

وإن لم يكن للصبي أب ، فأذن له الوصي في ذلك ، فإن كان على الصبي فيه مشقة وضرر ، وخيف عليه في ذلك ضيعة ، فلا يجوز إذنه له ، وإن كان الصبي قوياً على الذهاب وكان ذلك نظراً له جاز إذنه ؛ لأن الولي لو أذن له أن يتجر وأمره بذلك ، جاز . ولو خرج في تجارة من موضع إلى موضع بإذن الولي ، لم يكن به بأس ، فكذلك يجوز إذنه له في الحج على ما وصفنا . وقال غيره[1]: لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا .

قال ابن القاسم : فإن لم يأذن له وليه ، وقف المال لبلوغه ، فإن حج به وإلا رجع ميراثاً ؛ لأنه حين أوصى بحج الصبي والعبد ، أراد التطوع لا الفريضة ، ولو كان صرورة فسمى رجلاً بعينه يحج عنه ، فأبى ذلك الرجل فيحج عنه غيره ، بخلاف المتطوع الذي قد حج إذا أوصى أن يحج عنه رجل [بعينه][2] تطوعاً ، هذا إن أبى الرجل أن يحج عنه رجعت ميراثاً ، كمن أوصى لمسكين بعينه بمال من ثلثه ، فمات المسكين قبل الموصي أو أبى أن يقبل ، فذلك يرجع ميراثاً ، وكمن[3] أوصى لرجل بشراء عبد بعينه للعتق في غير عتق عليه واجب ، فأبى أهله أن يبيعوه ، فالوصية ترجع ميراثاً بعد الاستيناء واليأس من العبد .

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا في كتب المذهب ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم : إنه يجوز له الإذن له في ذلك كإذنه له في التجارة . انظر : التقييد (١٤٦/٦) .

(٢) سقطت من ط .

(٣) في ق : ومن .

وقـال غـيره[1] في الموصـي بحجـة تطوعـاً إذا أبى الرجـل أن يحـج عنـه : لا يرجـع ميراثاً . والصرورة في هذا وغير الصرورة سواء ؛ لأن الحج إنما أراد به نفســه ، بخـلاف الوصية لمسكين بعينه بشيء يرده أو شراء عبد بعينه للعتق .

قال ابن القاسم : ومن قال في وصيته : أحجوا فلاناً ، ولم يقل : عني ، أُعطي من الثلث قدر ما يحج به ، فإن أبى أن يحج ، فلا شيء لـه ، وإن أخـذ شيئـاً رده ، إلا أن يحج به .

وإن أوصى أن يحـج عنـه وارث في فـرض أو تطـوع ، أنفـذت وصيتـه ، ولم يـزد الوارث على النفقة والكراء شيئاً .

وكان مالك يكره الوصية بهذا[2] ، فإن نزل أمضاه ، وإن قال : ادفعوا ثلثي لفلان يحج به عني ، فإن كان وارثاً لم يدفع إليــه إلا قـدر نفقتـه ، وكـراه ويـرد مـا بقـي مـن الثلث ، وإن كان أجنبياً كان له ما فضل من الثلث كالأجـير ، وأمـا الـذي يحـج علـى البلاغ ، فهو كرسول لهم ويرد ما فضل [من الثلث][3] .

---

(١) لم أقف على تسمية الغير هنا ، والمشهور قول ابن القاسم ؛ لأن رد المعين كرد الوصية من أصلـها ، وإليه أشار خليل بقوله : « وإن عين غير وارث ولم يسم زيـداً إن لم يـرض بـأجرة مثلـه ثم تربـص ثم أوجر للصرورة فقط » ، قال عليش : أي إن لم يرض الشخص المعين بـالأجرة مزيـداً عليـها ثلثـها ، انتظر سنة أو بالاجتهاد سواء كان الموصي صرورة أو لا ، ثم إن استمر المعين ممتنعاً أجّـر للشخـص الموصي بالحج عنه الصـرورة ، أي : الـذي لم يحـج حجـة الإسـلام فقـط ، دون غـير الصـرورة ، فـلا يستأجر له من يحج عنه ويورث المال كله . انظر : منح الجليل (١٢٨/٢) ، مختصر خليل (٦٤) .

(٢) أي الوصية بالحج ، والكراهة هنا على بابها ، وقـد تقـدم الكـلام عليـها في كتـاب الحـج في الجـزء الأول (ص ٥٨٤ ـ ٥٨٥) . وانظر : مختصر خليل (٦٤) ، منح الجليل (٢١٥/٢) .

(٣) سقطت من ط و هـ .

والبلاغ قولهم : تحج بهذه الدنانير عن فلان ، وعلينا ما نقص عن البلاغ ، أو : خذها فحج منها عن فلان .

والإجارة : أن يستأجره بمال على أن يحج عن فلان ، فهذا يلزمه الحج ، وله ما زاد وعليه ما نقص ، وقد عرف الناس الإجارة والبلاغ[1] .

[فيمن أوصى لرجل بغلة دار أو حائط]

ومن أوصى لرجل بدينار من غلة داره كل سنة ، أو بخمسة أوسق من غلة حائطه كل عام ، والثلث يحمل الدار والحائط ، فأخذ ذلك عاماً ثم بار ذلك أعواماً ، فللموصى له أخذ وصيته كل عام ما بقي من غلة العام الأول شيء ، فإذا لم يبق منه شيء ، فإذا أغل [ذلك][2] ، أخذ ذلك منه لكل عام مضى [لم][3] يأخذ له شيئاً .

ولو أكرى الدار في أول سنة بعشرة دنانير ، فضاعت إلا ديناراً ، كان ذلك الدينار للموصى له ؛ لأن كراء الدار لا شيء للورثة منه إلا بعد أخذ الموصى له منه وصيته ، وكذلك غلة الجنان .

ولو قال : أعطوه من غلة كل سنة خمسة أوسق ، أو من كراء كل سنة ديناراً ، لم يكن له أن يأخذ من غلة سنة عن سنة أخرى لم تغل .

---

(١) أي أنه متعارف عليهما بينهم ، وقد مضى الكلام عليهما في كتاب الحج (١/٥٨٣ - ٥٨٤)، وانظر : المدونة (٦/٦١).

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا .

(٣) سقطت من ق و ط و ك ، والمثبت من هـ .

ولو أكريت[1] الدار أول عام بأقل من دينار ، و[2]جاءت النخل بأقل من خمسة أوسق ، لم يرجع بتمام ذلك في عام بعده .

ومن أوصى بغلة داره أو بغلة جنانه للمساكين ، جاز ذلك .

[في الرجل يعمر غيره خدمة عبده أو سكنى داره أو ثمرة حائطه مدة حياته وبيع ذلك له أو ورثته ومؤاجرته]

وإن أعمرك رجل حياتك خدمة عبد ، أو سكنى دار ، أو ثمرة حائط ، جاز أن يشتري ذلك منك هو أو ورثته ، أو يصالحوك على مال ، وإن لم تثمر النخل .

وإن أوصى لك بذلك حياتك ، جاز شراؤه للورثة بنقد أو دين ، كما يجوز للمعطي ، وكالمعري يبيع باقي الحائط ، فيجوز للمشتري شراء العرية بخرصها ، ولم تختلف الرواة في سكنى الدار فيما ذكرنا .

ولو صالحوك من الخدمة على مال ، ثم مات العبد وأنت حي ، فليس لهم رجوع عليك ، ولا يجوز لك أن تبيع هذه الخدمة من أجنبي ، أو تؤاجره العبد إلا مدة قريبة كسنة وسنتين وأمد مأمون ، ولا تكريه إلى أجل غير مأمون ، وأما لو أوصى لك بخدمة العبد عشر سنين فأكريته فيها ، جاز ، كمن واجر عبده عشر سنين .

قال مالك : ولم أر من فعله ، ولو فعل جاز ، وهذا خلاف المخدم حياته ؛ لأنه إذا مات المخدم سقطت الخدمة ، والمؤجل يلزمه باقيها لورثة الميت .

---

(١) في ق : اكتريت .

(٢) في هـ و ط : أو .

وللرجل أن يؤاجر ما أوصي به له من سكنى دار ، أو خدمة عبد ، إلا أن يكون عبداً قال له : اخدم ابني ما عاش ، أو حتى يبلغ [أو ينكح][1] أو أجلاً مسمى ، ثم أنت حر ، وعلم أنه أراد ناحية الحضانة ، فليس للابن أن يؤاجره ، ولو مات الابن قبل ذلك عتق مكانه ، إلا أن يكون من عبيد الخدمة ، [أو][2] ممن أريد به الخدمة ، فإنه يخدم ورثته بقية الأجل إن كان أجلاً .

قال ربيعة : وإن قال : إذا تزوج ابني فأنت حر ، فبلغ الابن النكاح وهو موسر ، فأبى أن ينكح وتسرر ، فإن العبد يعتق الآن ؛ لأنه أراد بلوغ رشده وأن يستعين بالعبد فيما قبل ذلك من السنين .

[فيمن أوصى لرجل برقبة جنانه أو بأمته فأثمرت الجنان أو ولدت الأمة قبل موت الموصي ، وما أفاد المدبر والموصى به أو بعتقه]

ومن أوصى لرجل برقبة جنانه ، أو بأمته ، أو بعتقها ، فأثمر الجنان عاماً أو عامين ، أو ولدت الأمة ، وذلك كله قبل موت الموصي ، والثلث يحمل الجنان وما أثمر ، أو الأمة وولدها ، فإن الولد والثمرة للورثة دون الموصى له .

وكذلك إذا أبرت النخل وألقحت الشجر قبل موت الموصي ، فالثمرة للورثة دون الموصى له ، وما أثمر الجنان بعد موته قبل النظر في الثلث ، فتلك الثمرة للموصى له .

ولا تقوم الثمرة مع الأصل[3] ، وإنما تقوم مع الأصل بعد موت الموصي في الولادة

---

(١) سقطت من ط .

(٢) سقطت من ط .

(٣) وردت هنا زيادة في ط : بعد موت الموصي .

وشبهها ، والثمرة ها هنا كالغلة والخراج ، لا كولادة الأمة[1] ، وكذلك ما أفاد المدبر والموصى بعتقه ، والموصى به لرجل من فوائد بعد موت الموصي قبل النظر في الثلث ، فلا يقوّم معهم في الثلث ، وإنما يقوم معهم من أموالهم ما مات السيد وهو بأيديهم ، أو ما نما من ربحه بعد موته .

وليس لهم أن يتجروا فيه بعد موته ، فإن فعلوا فالربح بمنزلة رأس المال ، وكذلك لا يقوم مع المبتل في المرض ، ما أفاد بعد عتقه قبل موت السيد أو بعد موته .

فهذه فوائد لهم وللموصى له بالعبد إن حمل الثلث رقابهم[2] ، وإن حمل بعض الرقاب ، وقف المال بأيديهم .

واستحداث الميت[3] للدين في المرض يرد ما بتل من العتق في مرضه ، ويضر بالعبد ، كما يضره ما تلف من المال .

قال سحنون : وقد قال[4] غير هذا ، وهو قول أكثر الرواة : إن ما اجتمع في

---

(١) في ق : كالولادة والأمة. وفي ك : كالولادة في الأمة. والمثبت من ط و هـ، وهو الموافق للفظ المدونة .

(٢) الضمير هنا يعود إلى المدبر ، والموصى بعتقه والمبتل في المرض .

(٣) قال الزرويلي : حقه أن يقول : واستحداث المريض للدين في حال مرضه .

(٤) يريد ابن القاسم ، أي قال غير التفصيل المتقدم ، وإنما التسوية بين ما أفادوا بعد موت الموصي وما كان لهم قبل الموت على نحو ما سيبين . وهذا هو القول المشهور في المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « فالملك له بالموت وقوّم بغلة حصلت بعده » ، قال عليش في شرحه : وقوم الموصى به بغلة كأجرة عمل رقيق أو بهيم ولبنه وصوفه ونسله ، وثمر شجر وكراء عقار ، حصلت الغلة بعد موت الوصي عند أكثر الرواة . قال سحنون : وهو أعدل الأقوال ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، واختاره التونسي . انظر : مختصر خليل (٢٨٦)، منح الجليل (٥٠٧/٩) .

الإيقاف بعد الموت لاجتماع المال للمدبر ، أو للموصى له بعتقه ، أو برقبته لرجل من مال تقدم [لهم][1]، أو ما ربحوا فيه من تجارة ، أو من عمل أيديهم ، أو بهبة ، أو بغيرها من الفوائد ، فإن ذلك يقوم في الثلث معهم ، خلا أرش ما جنى على المدبر[2]، فليس له ، وذلك للسيد كبعض تركته .

وكذلك المبتل في المرض يقوم معه ماله ، وما أفاد من ذلك كله بعد العتق قبل موت السيد أو بعده .

وكذلك الجنان الموصى بها لرجل ، أن ما أثمرت بعد موت الموصي ، يقوم مع الأصول في الثلث ، وإن حمل الثلث جميع العبيد الذين[3] ذكرنا ، كان المال لهم وللموصى له بالعبد .

وكذلك النخل إذا حملها الثلث بثمرها كانت الثمرة للموصى له ، وإن حمل الثلث نصف ما ذكرنا ، وقف المال بأيدي العبيد ولا ينزع ممن جرت فيه حُرّيّة منهم ، ويكون للموصى له بالجنان نصف النخل ونصف الثمرة . قال سحنون : وهذا أعدل أقوال أصحابنا .

[في الذي يجعل داره في صحته للمساكين أو لبعض الورثة أو في سبيل الله ثم يلي هو قسم غلتها عليهم في حياته ويجعل ذلك بعد الموت في ثلثه]

ومن قال في صحته : غلة داري للمساكين ، وأنا ألي غلتها وأفرقها ما دمت

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ك و هـ و ط : خلى أرش ما جنى عليهم ، فليس لهم ذلك وهو للسيد .

(٣) في ك : جميع العبد الذي ذكرنا .

حياً ، فإن ردها ورثتي بعد موتي ، فهي وصية في ثلثي ، تباع ويتصدق بثمنها ، فذلك نافذ كما قال .

ولو قال : هي لبعض ورثتي ، وألي أنا قسمتها ، فإن رد ذلك ورثتي بعد موتي ، بيعت ، وتصدق بثمنها من ثلثي ، لم يجز وورُثت . وإذا أوصى بثلثه لوارث وقال : فإن لم يجزه باقي الورثة فهو في السبيل ، لم يجز ذلك ، وهو من باب الضرر . وكذلك بعبد[1] ، فإن لم يجيزوا فهو حر ، فإنه يورث إن لم يجيزوا .

ولو قال : هو حر أو في السبيل ، أو قال : داري أو فرسي في السبيل إلا أن يشاء ورثتي أن ينفذوا ذلك لابني ، فذلك نافذ على ما أوصى [به][2].

[في الذي يوصي لرجل بوصيتين إحداهما بعد الأخرى]

[3] ومن أوصى لرجل بثلاثين ديناراً ، ثم أوصى له تارة أخرى بالثلث ، فله أن يضرب مع أهل الوصايا بالأكثر .

قال مالك : ومن أوصي له[4] بمبذر[5] عشرين مدياً[6] من أرضه ، فإن كانت الأرض مبذرها مائة ، فله خمسها بالسهم ، وقع له أقل من عشرين أو أكثر لكرم

(١) أي وكذلك لو أوصى بعبده لوارث وقال : فإن لم يجزه باقي الورثة فهو حر ، فإنه يورث إن لم يجزه الورثة .

(٢) سقطت من ق و ط .

(٣) في هـ : قال ابن القاسم .

(٤) في ك : ومن أوصى له تارة أخرى .

(٥) في ط : ببذر .

(٦) المدي : ـ بضم الميم ـ مكيال يسع تسعة عشر صاعاً ، وهو غير المد . انظر : المصباح (٥٦٧) .

الأرض أو رداءتها ، وإن أوصى له بدار ثم أوصى له بعشرة دور ، وللميت عشرون داراً ، فله الأكثر إن حمله الثلث ، أو ما حمل الثلث إلا أن يجيز الورثة ، وإن كانت الدور في بلدان شتى أخذ النصف من كل دار بالسهم .

ومن أوصى بوصية بعد أخرى فإن لم تتناقضا أنفذتا جميعاً ، وإن كانتا من صنف واحد فزادت إحداهما ، أنفذت الزائدة فقط ، وإذا تناقضتا ، أخذ بالآخرة وبطلت الأولى ، كمن أوصى لرجل بشيء بعينه من صنف ، ذكر منه كيلاً ، أو وزناً ، أو عدداً من طعام ، أو عرض ، أو عين ، أو غيره ، أو بعدد بغير عينه من رقيق عنده ، أو غنم ، ثم أوصى له من ذلك الصنف بأكثر من تلك التسمية أو أقل ، فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الآخرة . وإن كان أوصى له آخراً بنصف آخر ، فله الوصيتان جميعاً .

[في الذي يوصي بالوصية لرجل ثم يوصي بها لآخر]

ومن أوصى بشيء بعينه من دار ، أو ثوب ، أو عبد ، أو دابة لرجل ، ثم أوصى بذلك لرجل آخر ، [فهو بينهما ، وكذلك لو أوصى بثلثه ، ثم أوصى لرجل آخر][1] بجميع ماله ، لم يعدّ رجوعاً ، وكان الثلث بينهما على أربعة أسهم .

ومن له ثلاثة دور أوصى بثلثهن لرجل ، فاستُحق منها داران ، أو أوصى بثلث داره فاستُحق ثلثاها ، فللموصى له ثلث ما بقي ، وإن قال : العبد الذي أوصيت به لزيد ، هو [وصية][2] لعمرو ، فذلك رجوع .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ .

(٢) سقطت من ط .

وإن أوصى بعتق عبد بعينه ، ثم أوصى به لرجل ، أو أوصى به أولاً لرجل ، ثم أوصى به للعتق ، فالآخرة تنقض الأولى ؛ إذ لا يشترك في العتق .

[فيمن أوصى لرجل بمثل مصاب أحد بنيه أو ورثته]

ومن أوصى لرجل بمثل مصاب أحد بنيه فإن كانوا ثلاثة ، فله الثلث .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وإذا قال : لفلان مثل ما يصيب[1] أحد ورثتي ، وترك رجالاً ونساء ، فليقسم المال على عدد رؤوسهم[2] فيعطى جزءاً منه ، ثم يقتسم ما بقي بين الورثة إن كانوا ولده[3] ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

[في الذي يوصي بثلثه لولد ولده ممن لا يرثونه أو لأخواله وأولادهم أو لولد فلان وصفة قسمته وكيف لو مات بعضهم قبل القسمة]

ومن أوصى لولد ولده بثلثه ولا يرثونه ، فذلك جائز ، قيل : فإن مات أحدهم وولد غيرهم[4] بعد موت الموصي قبل قسمة المال ؟ قال : [فإن][5] ذلك كقول مالك في الموصي لأخواله وأولادهم أو لمواليهم[6] . قال ابن القاسم : أو لبني عمه أو لبني فلان بثلثه ، فذلك لمن حضر القسم ، لا يحسب من مات بعد موت الموصي ولا يحرم من ولد ؛ لأنه لم يسم قوماً بأعيانهم .

---

(١) في ك و هـ و ط : مثل نصيب .

(٢) في ق و ك : رممهم .

(٣) في ط : إن كانوا ذكوراً وإناثاً .

(٤) أي : فإن مات أحد ولد الولد الذين تركهم الموصي ، وولد للولد ولد غيره بعد موت الموصي .

(٥) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٦) في هـ و ك و ط : مواليه .

وقال ابن القاسم في باب بعد هذا[1] ، فيمن أوصى بثلثه لموالي فلان ، فمات بعضهم ، وولد لبعضهم ، وعتق آخرون قبل القسم : إن ذلك لمن حضر القسم كالوصية لولد الولد .

وإن قال : ثلثي لهؤلاء النفر ، وهم عشرة ، فإن من مات منهم يرث نصيبه وارثوه . قيل له : فإن قال : ثلثي لولد فلان ، وولد [فلان][2] ذلك الرجل عشرة ذكور وإناث ؟ قال : الذي سمعت من مالك أنه إذا أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد فلان ، أو على ولد ولده ، أو على بني فلان ، فإنه يؤثر أهل الحاجة [منهم][3] في السكنى والغلة ، وأما الوصايا فلا أحفظ قول مالك فيها ، ولكني أراها بينهم بالسوية . قال سحنون[4]:

---

(١) سيأتي كلام ابن القاسم في الموصي للموالي بعد قليل .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ط .

(٤) سحنون هنا حمل قول ابن القاسم على الخلاف فجعل كلامه هنا مخالفاً لكلامه المتقدم في مسألة الموصي لأخواله وولدهم ومواليهم ، حيث جعل الوصية للأخوال وأولادهم لمن حضر منهم القسمة ، وأما من مات قبل القسمة أو ولد بعدها ، فليس له شيء ولا لورثته ، وهذا من خصائص الوصايا للمجهولين ، وجعل الوصية لولد فلان بينهم بالسوية ، ولم يقيدها بمن حضر منهم ، ومعنى ذلك أن من مات منهم فإن نصيبه لورثته ، وهذا من خصائص الوصايا للمعينين .

وقد ذكر بعض علماء المذهب أن ما فهم سحنون من خلاف بين قولي ابن القاسم لا يسلم له ؛ لأن قول ابن القاسم في الوصية لبني فلان أنها بينهم بالسوية ، يريد أن يفرق به بينها وبين الحبس الذي ذكر في سياق الإجابة عنها : أنه يقسم بالاجتهاد حسب الحاجة ، فذكر أن الوصية تقسم بالسوية ، ولا يريد أنها تقسم على من لم يحضر وأن نصيبه لورثته ؛ لأن ذلك قد أجاب عنه في المسألة السابقة ، يقول المازري : ألزم سحنون ابن القاسم تناقضاً بقوله : وأما أهل الوصايا =

فهـذه المسـألـة أحسـن مـن المسـألـة التي قال فيمن أوصى لأخواله وأولادهم .

وقد روى ابن وهب في الأخوال مثل رواية ابن القاسم ، إلا أن قول عبـد الرحمـن ابن القاسم في هذه المسألة أحسن ، وكذلك يقول غيره[1].

وليس وصيته لأخواله ، أو ولـد فـلان بشـيء نـاجز[2]، كوصيتـه لهـم بغلـة موقوفة تقسم إذا حضرت كـل عـام ، فـهذا قـد علـم أنه أراد بهـا غـير معين ، فـهي على مجهول ممن يأتي ، فإنما تكون الغلـة لمـن حضـر قسـمتها كـل عـام ، فأمـا وصيتـه لأخواله ، أو ولد فلان بمال ناجز وهم معروفون لقلتـهم ، وتعلـم عدتهـم ، فكالوصيـة لقوم مسمّين .

وإذا كانت الوصية لقوم مجهولين لا تعرف عدتهم لكثرتهم ، مثل قولـه علـى بـني تميم ، أو بني زهرة ، أو المساكين ، فهذا لم يرد قومـاً بأعيـانهم ؛ لأن ذلـك لا يحصـى ولا يعرف ، فإنما يكون ذلك لمن حضر القسم ، وتركت مسـألة مـن حبـس داراً علـى قوم حبساً صدقة ؛ لأنها مذكورة في آخر كتاب الهبات[3] أتم مما هنا .

= فإنها تقسم عليهم بالسوية ، وليس ذلك منه تناقضاً ولا خلافاً لما تقدم ، وإنما تكلم في هذه المسـألة على القولين الحبس والوصايا ، فقال الحبـس يؤثـر فيـه أهـل الحاجـة . . . والوصايـا يسـاوى بينـهم . ولم يتكلم في هذه المسألة هل يحرم من مات ويعطى من وُلد ؟ ومذهب ابن القاسـم جيـد مـع موافقتـه لمالك ، وذلك أن قوله : ثلثي لولد فلان ، ليس بتعيين للولد ، فما وقع عليه ذلك الاسـم يـوم القسـم فله الوصية ، كقوله : رقيقي أحرار . انظر : المدونة (٦/٧١ ـ ٧٢)، التقييد (٦/١٥٢ ـ ١٥٣) .

(١) يريد بالغير هنا عبد الملك بن حبيب ، وأشهب في أحد قوليه . انظر التقييد (١٥٣) .

(٢) في هـ : بمال ناجز . وفي ط : بشيء آخر .

(٣) سيأتي كتاب الهبات في هذا الجزء .

[فيمن أوصى لولد فلان وقد علم أن لا ولد له أو لميت ولا يعلم بموته]

ومن قال : ثلثي لولد فلان . وقد علم أنه لا ولد له ، جاز ، وينتظر أيولد له أم لا ، ويساوى فيها بين الذكر والأنثى . وإن لم يعلم أنه لا ولد له ، فذلك باطل .

وكذلك وصيته لميت ولا يعلم بموته ، فوصيته باطلة ، وإن علم بموته ، نفذت الوصية لورثة الموصى له[1] وقضى بها دينه .

وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي ، فالوصية لورثة الموصى له ، علم بها أو لا ، وإن مات قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، علم الموصي بموته أم لا .

قال مالك : ويحاص بها ورثة الموصي أهل الوصايا في ضيق الثلث ، ثم تورث تلك الحصة[2]. [وقد قال مالك ـ رحمه الله ـ : إذا علم الموصي بموت الموصى له ، بطلت الوصية ، ولا يحاص بها أهل الوصايا .

[قال سحنون : وعلى هذا قول الرواة ، وإنما تحاصُ الورثةُ أهلَ الوصايا][3]

---

(١) في ط : وهي لورثته .

(٢) ظاهر قول مالك هنا أن الورثة يحاصون أهل الوصايا ، سواء علم الوصي بموت الموصى له أم لا ، وهذا أحد أقوال مالك في مسألة صاحبي العشرة التي ستأتي بعد قليل . إلا أن قول مالك الثاني بيّن فيه أنه في حال علم الموصي بموت الموصى له ، فلا تحاصص ، وإنما التحاصص في حال عدم علمه بذلك ، كما سيبين أنه قول الرواة ، ثم يبين بعد ذلك أنه قول أكثر الرواة ، فقولا مالك في هذه المسألة ، وقول الرواة وقول أكثر الرواة ـ كما ترى ـ أقوال كلها ليس بينها خلاف ، إذا حمل قول مالك الأول على الإطلاق والأقوال الأخرى على التقييد . وانظر هذه المسألة في المدونة (٦/٧٣)، التقييد (٦/١٥٤) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

بوصية الموصى لـه ، إذا مـات الموصـى لـه قبـل مـوت الموصـي ، والموصـي لا يعلـم أن الموصى له مات ، والأمر عنده أن وصيته لمن أوصى لـه جـائزة ، فلمـا بطلـت بمـوت الموصى له ، رجع ما كان لـه إلى مـال الميـت ودخـل الورثـة ، فحـاصّوا أهـل الوصايـا بوصيته ؛ لأنه هو كان كذلك ، كان يحاصهم بوصيته][1].

وأكثر الرواة على أنهم يتحاصون بها إن لم يعلم بموته ولا يتحاصون بها إن علـم ، وقاله أيضاً مالك .

مالك : ومن أوصى بثلثه لبني تميم أو لقيس ، جاز وقسم على الاجتـهاد ، قـال : ولقد نزلـت أن رجـلاً أوصـى لخـولان[2] بوصيـة ، فأجازهـا مـالك ولم يـر فيـها شيئاً للموالى .

ومن أوصى بثلثه لموالى فلان ، كان لمواليه الأسفلين دون الأعلين .

ومـن قـال : ثلثـي لفـلان وفـلان ، أحدهمـا غـني والآخـر فقـير ، فـالثلث بينـهما نصفـين ، فـإن مـات أحدهمـا بعـد مـوت الموصـي ورث نصيبـه ورثتـه ، وإن مـات قبلـه فللبـاقي نصـف الثلـث ، ولا شـيء لورثـة الآخـر ، ويرجـع نصيبـه إلى ورثة الموصي .

[فيمن أوصى لرجل بعشرة دراهم ولآخر بعشرة فمات أحدهما أو قال : ثلث مالي لفلان وثلثه لفلان]

وإن أوصى لفلان بعشرة[3] ، ولفلان بعشرة ، والثلث عشرة ، فمات أحدهما قبـل

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ق ، من قوله : وقد قال مالك .

(٢) خولان بن عمرو : بطن من كهلان من القحطانيين . انظر : معجم القبائل (١/٣٦٥) .

(٣) في ط و هـ : بعشرة دراهم .

موت الموصي ، فكان مالك يقول : إن علم الموصي بموته فالعشرة للباقي ، وإن لم يعلم حوصص بينهما ، فيصير للحي خمسة ، وترجع[1] الخمسة التي وقعت للميت لورثة الموصي ميراثاً ، وعليه أكثر الرواة . ثم قال مالك : تكون العشرة للباقي علم الموصي بموته أم لا . ثم قال [آخر زمانه][2]: أرى أن يحاص بها الباقي ، علم الموصي بموت الآخر أم لا .

قال ابن القاسم : وبه آخذ[3]، [وقد ذكر ابن دينار[4] أن قوله هذا الآخر هو الذي يعرف من قوله قديماً .

قال ابن القاسم :][5] وكذلك قوله : ثلث مالي لفلان ، وثلثا مالي لفلان ، فيموت أحدهما [قبل الموصي][6] على اختلاف القول في صاحبي العشرة سواء . فإن

---

(١) في ط : وتصير .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) هذه الأقوال الثلاثة مثل التي تقدمت لمالك فيما إذا مات الموصى له قبل الموصي وضاق الثلث ، هل يحاص الورثة أهل الوصايا الأخرى بالوصية التي مات صاحبها أم لا ؟ . ولم أقف على تشهير للمتأخرين بين أقوال مالك الثلاثة ، إلا أن اختيار ابن القاسم لقوله الأخير وتصريحه بأن مالكاً رجع إليه ، وأنه كان يقول به آخر زمانه ، وقول ابن دينار بأنه هو الذي يعرف من قول مالك كاف للجزم بأنه هو القول المشهور المعتمد ، وإن قال سحنون بأن القول الثاني عليه أكثر الرواة . والمسألتان لم يتعرض لهما خليل في مختصره ، على غير عادته في استيعاب مثل هذه المسائل .

(٤) يريد محمد بن دينار المدني ، من كبار أصحاب مالك ولا يريد عيسى بن دينار الأندلسي ؛ لأن هذا متأخر ، وكلاهما تقدمت ترجمته .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ط .

كان الميت منهما صاحب الثلث كان للباقي منهما ثلثا الثلث في قول مالك الآخر ، [ويحاصه الورثة ، علم الموصي بموت الآخر أم لا ، وبه أقول[1]][2] .

وفي قول مالك الأول يختلف ، إن علم أو لم يعلم بحال ما وصفنا .

وفي قوله الأوسط يكون للباقي جميع الثلث ، فعلى هذا فقس[3] ما يرد عليك .

[فيمن أوصى في مرضه بأكثر من ثلثه فأجازه الورثة في حياته ثم رجعوا بعد موته]

قلت : فمن أوصى في مرضه بأكثر من ثلثه ، فأجاز ورثته ذلك قبل موته من غير أن يطلبهم الميت بذلك ، أو طلبهم[4] فأجازوا ، ثم رجعوا بعد موته .

قال : قال مالك ـ رحمه الله ـ: إذا استأذنهم في مرضه فأذنوا له ، ثم رجعوا بعد موته ، فمن كان[5] عنه بائناً[6] من ولد ، أو أخ ، أو ابن عم ، فليس ذلك لهم . ومن كان في عياله من ولد قد احتلم ، أو بناته ، أو زوجاته ، فذلك لهم ، وكذلك ابن العم الوارث إن كان ذا حاجة إليه ، ويخاف إن منعه ، وصح أن يضربه في منع رفده[7] إلا أن يجيزوا بعد الموت ، فلا رجوع لهم بعد ذلك . ولا يجوز إذن البكر والابن السفيه وإن لم يرجعا ، ومن أوصى

---

(١) في ط وهـ : قال ابن القاسم : وبه أقول .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من

(٣) في هـ : الثلث فقس على هذا جميع . وفي ط : فقس جميع .

(٤) في ط : أو طلبهم الميت بذلك .

(٥) في هـ : كان منهم .

(٦) في ق و ك : بائن . المثبت من هـ و ط .

(٧) في هـ : رفقه . والرفد : ما كان يقدم إليه من إعانة ومساعدة . انظر : المصباح (٢٣٢) .

بجميع ماله وليس له إلا وارث واحد مديان ، فأجاز ذلك ، فلغرمائه رد الثلثين وأخذه في دينهم .

[في إقرار الولد أن أباه أوصى لرجل بثلثه]

وإن أقر الولد أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله ، وعلى الولد دين يغترق مورثه ، وأنكر غرماؤه الوصية ، فإقراره قبل القيام عليه بالدين جائز .

ولا يجوز إقراره بعد القيام عليه ، وكذلك إقراره بدين على أبيه ، أو بوديعة عند أبيه ، فإقراره بعد قيام الغرماء عليه[1] ، لا يقبل إلا ببينة ، وإقراره قبل أن يقام[2] [عليه][3] جائز .

فإن كان المقر له حاضراً ، حلف واستحق ، كمن شهد أن هذا الذي في يديه تصدق به فلان على فلان وتركه له في يدي[4] ، وأنكر الذي هو له ، فإن حضر المشهود له ، جاز ذلك مع يمينه ، وإن كان غائباً لم يجز ؛ لأن المقر يتهم على بقاء ذلك الشيء بيده .

كمل كتاب الوصايا الأول والثاني

* * *

(١) في ك و ز و هـ : فإقرار بعد قيام غرماء المقر عليه .

(٢) في هـ : قبل قيام الغرماء .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في ط : يديه .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الوديعة[1] ﴾

[في ضمان الوديعة]

[2] ومن أودعته مالاً فدفعه إلى زوجته أو خادمه[3]، لترفعه له في بيته ، ومِنْ شأنه أن ترفع له ، لم يضمن ما هلك من ذلك ، وهذا [ما][4] لا بد منه . وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجيره الذي في عياله ، أو رفعه في صندوقه أو بيته ونحوه ، لم يضمن ، ويصدق أنه دفعه إلى أهله ، أو[5] أنه أودعه على هذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها ، وإن لم تقم له بينة .

وإن أراد سفراً أو خاف عورة منزله ولم يكن صاحبها حاضراً ، فيردها عليه[6]، فليودعها ثقة ولا يُعرِّضها للتلف ، ثم لا يضمن ، وإن أودعها لغير هذا الذي يعذر به

---

(١) الوديعة بمعنى الأمانة ، فهما لفظان مترادفان ، وتطلق على الاستنابة في الحفظ ، يقال : أودع فلان فلاناً على أهله أو ماله ، إذا صيره نائباً في حفظهما .

وأما في عرف الفقهاء فقد حدها ابن عرفة بقوله : الإيداع : نقل حفظ ملك يُنْقَل . وعرفها خليل في مختصره بقوله : الإيداع : توكيل بحفظ مال . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٤٧١) ، مختصر خليل (٢٠٧) ، منح الجليل (٣/٧) .

(٢) في هـ : قال ابن القاسم . وفي ط : قال مالك .

(٣) في ك : جاريته .

(٤) سقطت من ط .

(٥) في ط و ق : و .

(٦) في هـ : إليه .

ضمن ، إلا أنه لا يصدق إن أراد سفراً أو خاف عورة منزله فأودعها ، إلا أن يعلم سفره وعورة منزله ، فيصدق ، وإن سافر فحمل الوديعة معه ، ضمن .

وإن أودعت المسافر مالاً فأودعه في سفره فضاع ، ضمن ، [بخلاف الحاضر يسافر][1].

قال مالك ـ رحمه الله ـ في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وَصِيُّها إلى ورثتها وهم بالمدينة ، فلم يأته منهم خبر ، فخرج بتركتها إليهم فهلكت في الطريق ، فهو لها ضامن حين خرج بها بغير أمر أربابها[2].

ومن أودعته دنانير ودراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال كله ، لم يضمن ، وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينكما ؛ لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه ، ولو عرفت بعينها كانت مصيبة دراهم كل واحد منه ، ولا يغيرها الخلط .

وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة ، فإن كانت مثلها وفعل ذلك بها[3] على الإحراز لها والرفع ، فهلك الجميع لم يضمن[4] ، وإن كانت مختلفة ضمن ، وكذلك إن خلط حنطتك بشعير ثم ضاع الجميع ، فهو ضامن ؛ لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها .

وإن أودعته حنطة فخلطها صبي أجنبي بشعير للمُودَع ، ضمن الصبي ذلك في ماله ، وإن لم يكن له مال ففي ذمته ، لهذا مثل حنطته ولهذا مثل شعيره ، وإن اختارا

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ط . والمثبت من ك . وسقطت « يسافر » من ق .

(٢) انظر : المدونة (٦/١٤٥) .

(٣) في ق : ربها . وسقطت من ط .

(٤) في ق : فهلك الجميع صدق . والمثبت من باقي النسخ .

ترك الصبي ويكونان في المخلوطين شريكين بقدر طعام[1] كل واحد بعد العلم بكيله فَعَلا ، ولو أعطى أحدهما الآخر مثل طعامه على أن يدع له جميع المخلوط ، لم يجز ؛ [لأنه بيع][2] ، إلا أن يكون هو المتعدي في خلطه ، فيجوز ذلك ؛ لأنه قضاء لما لزمه .

ومن أودعته دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن ، فاستهلك بعضها ثم هلك بقيتها ، لم يضمن إلا ما استهلك [أولاً][3] . ولو كان قد ردّ ما استهلك ، لم يضمن شيئاً[4] ، وهو مصدق أنه رد فيها ما أخذ ، كما يصدق في ردها إليك وفي تلفها . وكذلك إن تسلف[5] جميعها ثم رد مثلها مكانها لبرئ ، كان أخذه إياها على السلف أو على غيره ، فلا شيء عليه إن هلكت بعد أن ردها . ولو كانت ثياباً فلبسها حتى بليت ، أو استهلكها ثم رد مثلها ، لم تبرأ ذمته من قيمتها ؛ لأنه إنما لزمته قيمتها .

[فيمن ادعى رد الوديعة أو القراض أو الرسالة]

ومن بيده وديعة أو قراض لرجل ، فقال له : رددت ذلك إليك ، فهو مصدق ، إلا أن يكون قبض ذلك ببينة ، فلا يبرأ إلا ببينة ، ولو قبضه ببينة[6] فقال : ضاع مني أو سرق ، صدق .

---

(١) في ط و هـ : قيمة طعام .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في ط : شيئاً بعد ذلك .

(٥) في ق : أسلف .

(٦) في ق : بغير بينة . والمثبت من باقي النسخ ، وهو الموافق لما في المدونة .

وإن دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل ، فقال : دفعته إليه ، وأنكر ذلك الرجل ، فإن لم يأت الدافع إليه ببينة ، ضمن ، قبض [ذلك منه][1] ببينة أو بغير بينة .

ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمرته بغير بينة ، لم يضمن ، وإن لم تقم له بينة بالدفع إذا ثبت هذا الشرط . وإن قال الرسول : لم أجد الرجل فرددت المال إليك صدق ، إلا أن يكون قبضه[2] ببينة [فلا يبرأ إلا ببينة][3].

ولو قال في الوديعة والقراض : قد رددت ذلك إلى ربه مع رسولي[4]، ضمن ، إلا أن يكون رب المال أمره بذلك .

وإن بعثت بمال إلى رجل ببلد فقدمها الرسول ثم مات بها ، وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئاً ، فلا شيء لك في تركة الرسول[5] ولك اليمين على من يَجُوز[6] أمره من ورثته أنه ما يعلم لك شيئاً[7]. ولو مات الرسول قبل أن يبلغ البلد فلم يوجد للمال أثر ، فإنه يضمن ويؤخذ من تركته .

ومن هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بشيء ، فذلك في ماله ويحاص

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) في ك : قبض ذلك .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٤) في ق : رسوله . وفي ط و هـ : رسول .

(٥) في هـ : تركة الميت الرسول .

(٦) في المدونة : فيحلف ورثته إن كان فيهم كبير ، وهو الذي عبر عنه البرادعي بمن يجوز أمره .

(٧) في ك و ز : سبباً .

بذلك غرماؤه ، وإن قال عند موته : هذا قراض [فلان][1] وهذه وديعة فـلان ، فـإن لم يتهم صدق ، وذلك للذي سمى له .

ومن بعثت معه بمال ليدفعه إلى رجل صدقة أو صلة أو سلفاً ، أو من ثمن بيع ، أو ليبتاع لك به[2] سلعة ، فقال : دفعته إليه وأكذبه الرجـل ، لم يـبرأ الرسـول إلا ببينـة ، وكذلك إن أمرته بصدقته على قوم معينين ، فإن صدقه بعضهم وكذّبه بعضهم ، ضمن حصة من كذبه ، ولو أمرته بصدقته على غير معينين صدق مع يمينه [و][3] إن لم يأت ببينة .

ومن أودع وديعة بيـده[4] لغـير عـذر ، ثم استردها فـهلكت عنـده ، لم يضمـن ، كرده لما تسلف منها .

[القول في جاحد الوديعة ومن ادُّعي عليه سرقة أو غصب أو قراض فقال : إنه وديعة]

[ومن أودعته][5] وديعة فجحدك إياها وأقمت عليه بينة ، فإنه يضمن .

ومن قال لرجل : أقرضتـك كـذا وكـذا ، وقـال الرجـل : بـل أودعتنيـه وتلـف ، صدق رب المال ، ولو قال ربه : بل غصبتنيه[6] وسرقته مني ، فـهو مـدع ؛ لأنـه مـن معنى التلصص ، فلا يصدق عليه ، ولا يضمن له الرجل شيئاً .

---

(١) سقطت من ط .

(٢) سقطت من ك ، وفي ط : له به .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك : وديعة غيره ، وفي هـ : وديعة عنده بيده .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٦) في ك و هـ : غصبته .

ومن أخذ من رجل مالاً فقال الدافع : إنما قضيتكه[1] من دينك [الـذي][2] لـك عليّ ، أو رددته [إليك][3] من القراض الذي لك عندي ، وقال الآخر : بل أودعتنيه فضاع عندي[4] ، صدق الدافع مع يمينه .

[في الذي له عند رجل ألف قرضاً وألف وديعة ، فدفع إليه ألفاً ، فاختلفا أهي ألف القرض أم الوديعة]

وإن كانت لك عند رجل ألف درهم قرضـاً وألـف درهـم وديعـة ، فأعطـاك ألفـاً أو بعث بها إليك ، ثم زعم أنها القرض وأن الوديعة قد تلفت ، وقلت أنت : بل الذي قبضت الوديعة ، فالقول قول المستودع كما يصدق في ذهاب الوديعة .

[القـول فيمـن أودع أو عـامَلَ صبيـاً أو عبـداً ، أو مـن فيـه بقيـة رق وذكـر ما أفسدوا]

[5] ومن أودع صبياً صغيراً وديعة بإذن أهله أو بغير إذنهم فضاعت ، لم يضمن .

ومن باع منه سلعة فأتلفها فليس له اتباعه بثمن ولا قيمة .

ولـو ابتـاع مـن الصـبي سـلعة ودفـع الثمـن إليـه فأتلفـه ، فالمبتـاع ضـامن للسـلعة ولا شيء له قبل الصبي من الثمن .

---

(١) في ك و ط : قضيتك .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في هـ و ط : مني .

(٥) في هـ : قال ابن القاسم .

وإن أودعت عبداً محجوراً عليه وديعة فأتلفها ، فـهي في ذمته إن عتق يوماً ما ، إلا أن يفسخها عنه السيد في الرق ، فذلك له ؛ لأن ذلك يعيبه فيسقط ذلك عن العبد في رقه وبعد عتقه .

وما أتلف المأذون [له][1] من وديعة بيده فذلك في ذمته لا في رقبته ؛ لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع ، وليس للسيد أن يفسخ ذلك عنه . وكذلك ما أفسد العبد الصانع المأذون له في الصناعة مما دفع إليه ليعمله أو يبيعه فأتلفه . وكذلك من ائتمنه على[2] شيء أو أسلفه فإن ذلك في ذمته ، لا في رقبته ولا فيما في يديه من مال السيد ، وليس للسيد فسخ ذلك عنه .

وما قبضه العبد والمكاتب وأم الولد والمدبر من وديعة بإذن ساداتهم فاستهلكوها ، فذلك دين في ذممهم لا في رقابهم ، بخلاف الصبي يقبض وديعة بإذن أبيه فيتلفها هذا ، لا يلزمه شيء ولا ينبغي ذلك لأبيه[3].

ومن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه الصغير ، فذلك في مال الابن ، فإن لم يكن له مال فذلك في ذمته .

ومن أودعته وديعة فاستهلكها عبده فهي جناية في رقبته ، فإما فداه[4] بذلك أو أسلمه ، ومن قتل عبداً فقيمته في ماله حالّة ولا تحملها العاقلة .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ك : إيتمنته منهم على .

(٣) في هـ : لأبيه ولا يضمنه . وقوله : « لا ينبغي ذلك لأبيه » على الكراهة ، أي يكره له أن يأذن له ويتركه يأخذ الوديعة . انظر : المدونة (٦/١٥٤) ، التقييد (٦/٢١٠) .

(٤) في ق : افتكه . وسقطت من ط .

[في المودع يدعي أن رب الوديعة أمره أن يدفعها لفلان ، وفي الذي يُرسل إليه مال فيدعي أنه صدقة]

ومن أودعته وديعة فادعى أنك أمرته أن يدفعها إلى فلان ففعل ، وأنكرت أنت أن تكون أمرته ، فهو ضامن ، إلا أن تقوم له بينة أنك أمرته بذلك .

وإن بعثت إليه بمال فقال : [قد][1] تصدقت به [عليّ][2] ، وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة ، فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ويكون المال صدقة عليه . قيل : كيف يحلف ولم يحضر ؟ قال : كما يحلف الصبي إذا كبر مع شاهده في دين أبيه .

[فيمن باع شيئاً وبعث غلامه لقبض الثمن فقال : قد قبضته وضاع]

وإن بعت من رجل ثوباً وبعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن فقال : قبضته وضاع مني ، فإن لم يقم المشتري بينة بالدفع إلى رسولك ضمن بخلاف من دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال : دفعته إليه بغير بينة ، وصدقه الرجل ، هذا لا يضمن .

[في الذي يطأ أمة مودعه ، وفي الذي يدفع الوديعة لمن يزعم أنه رسول المودع ، والذي يودع الرجلين ويستبضعهما[3]]

ومن أودعته أمة فوطئها ، فعليه الحد والولد عبد لك .

---

(١) سقطت من هـ و ز و ط و ك .

(٢) سقطت من ك .

(٣) تقدم معنى الاستبضاع ، وأنه جعل الرجل بضاعته عند آخر ليبيعها له مقابل شيء معين ، والمال كله لصاحب البضاعة .

ومن أودعته وديعة فأتى رجل فزعم أنك أمرته بأخذها[1] ، فصدقه ودفعها إليه فضاعت ، فالدافع ضامن ، فإن ضمَّنته كان له الرجوع على آخِذِها منه .

ومن أودع رجلين وديعة أو استبضعهما فليكن ذلك عند أعدلهما كالمال بيد[2] الوصيين ، وإذا لم يكن في الوصيين عدل خلعهما السلطان ووضع المال عند غيرهما .

[قال ابن القاسم : ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئاً وأراه مثله][3][4] .

[فيمن استودعك دابة فأنفقت عليها أو رهنك جارية فزوجتها أو أعارك إبلاً فأكريتها]

ومن استودعك دابة وغاب فأنفقت عليها بغير أمر السلطان ، فإنك إن أقمت بينة أنه أودعكها منذ[5] وقت كذا فإن الإمام يبيعها ويقضيك ما ادعيت من النفقة وإن لم يشهدوا بها إذا لم تدع شططاً[6] .

ومن أودعته بقراً أو أُتناً[7] أو نوقاً فأنزى[8] عليهن فحملن فمتن من الولادة

---

(١) في هـ : بأخذها منه .

(٢) في ك : عند .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق و هـ .

(٤) أي أنه يرى الاستبضاع والوديعة مثل الوصية التي قال مالك أنها توضع عند أعدل الوصيين إن كان فيهما عدل ، وإلا وضعها السلطان عند غيرهما من العدول . وهذا تخريج منه على قول مالك . انظر : المدونة (١٥٦/٦) .

(٥) في ق : في وقت .

(٦) الشطط : الجور والظلم ، والمعنى هنا : ما لا يشبه . انظر : المصباح (٣١٣)، التقييد (٢١٢/٦).

(٧) في ق : إبلاً .

(٨) تقدم معنى الإنزاء ، وأنه إرساله الفحل على الأنثى لتحمل .

أو[1] كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة ، فهو ضامن . وكذلك لو عطبت تحت الفحل .

وقد روي[2] عن مالك ـ رحمة الله عليه ـ فيمن رهن جارية عند رجل فزوّجها المرتهن بغير أمر صاحبها ، فحملت فماتت من النفاس ، أن ضمانها من الراهن . وقال ابن القاسم : ضمانها من المرتهن .

ومن أودعته إبلاً فأكراها إلى مكة ورجعت بحالها إلا أنه حبسها

---

(١) في ط : إن .

(٢) أورد هنا خلاف مالك وابن القاسم في ضمان الأمة المرهونة إذا زوجها المرتهن فحملت فماتت من الولادة ليقيس عليه الحكم هنا في النوق إذا أرسل عليهن المودع عنده الفحل فحملن فمتن من الولادة ، وبيّن أن الخلاف بين مالك وابن القاسم في مسألة الرهن كالخلاف في مسألة الوديعة . وقد اختلف علماء المذهب في التشهير بين قولي مالك وابن القاسم في المسألتين ، فالذي اختار اللخمي ، وشهر ابن ناجي ومشى عليه خليل وشارحوه هو قول ابن القاسم في المسألتين ، قال خليل عاطفاً على ما يكون فيه الضمان من المودع عنده : « وبإنزائه عليها فمتن وإن من الولادة كأمة زوجها فماتت من الولادة » . وقد صوب أبو الحسن الزرويلي قول مالك حيث قال : والصواب أنه لا يضمن ـ أي المودَع عنده ـ وهو المعروف من قوله (مالك) كما لو غصب حرة فزنى بها وهو غير محصن فحملت فماتت فإنه لا يقتل ؛ لأن هذا سبب آخر ماتت به ليس هو نفس العداء .

قلت : والخلاف بين مالك وابن القاسم هنا فيما إذا ماتت الناقة أو الأمة من الولادة ؛ لأن الولادة ليست من فعل المودع عنده أو المرتهن ، أما إذا ماتت من نفس الوطء كأن تموت الأمة تحت الزوج ، والناقة تحت الفحل فلا خلاف بين مالك وابن القاسم أن الضمان حينئذ من المرتهن أو المودع عنده ؛ لأنه هو الذي مكن الزوج أو الفحل من ذلك . انظر : التقييد (٢١٢/٦ ـ ٢١٣) ، مختصر خليل (٢٠٧) ، حاشية الدسوقي (٤٢٥/٣) ، مواهب الجليل (٢٥٨/٥) ، منح الجليل (٢٢/٧) .

عن[1] أسواقها ومنافعك فيها فأنت مخير في تضمينه قيمتها يوم تعديه ولا كراء لك ، أو [تأخذها][2] وتأخذ كراها ، وكذلك المستعير يزيد في المسافة أو المكترى .

[فيمن أودع وديعة فقال : أنفقتها على أهل مودعها ، ومن أودع جارية فزوجها بغير إذن سيدها]

ومن أودعته وديعة فقال : أنفقتها على أهلك وولدك وصدقوه في ذلك ، فهو ضامن إلا أن يقيم بينة ويكون ما أنفق يشبه نفقتهم ولم تكن أنت تبعث إليهم بالنفقة ، فيبرأ .

ومن أودعته أمة فزوجها بغير إذنك[3] فهو ضامن لما نقصها التزويج ، وإن ولدت وكان في الولد ما يجبر به نقص النكاح لم يغرم لنقص النكاح شيئاً ، وربها مخير إن شاء أخذها وولدها وإن شاء ضمّنه قيمتها بلا ولد .

وقاله مالك ـ رحمه الله ـ فيمن رد أمة ابتاعها بعيب وقد زوجها وولدت أنه يجبر نقص النكاح بالولد ، كما يجبره بزيادة قيمتها ، والنكاح ثابت ، زوّجها من عبد أو من حر ؛ لأنه زوجها وهي في ملكه كما لو أعتقها جاز عتقه ، وإن أعتقها بعد علمه بالعيب لم يرجع بشيء ، وإن لم يعلم رجع بحصته ، ولو تسوق بها بعد علمه بالعيب لزمته ولم يردها .

---

(١) في ط : على .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في هـ : أمرك .

[فيمن أُودِع مالاً فتجر فيه ، ومن لك عليه مال فجحدك فصار له بيدك مثله]

ومن أودعته مالاً فتجر فيه فالربح له ، وليس عليه أن يتصدق بالربح .

[وتكره[1] التجارة بالوديعة][2] ومن لك عليه مال من وديعة أو قراض[3] أو بيع [فجحدك ثم صار بيدك مثله بإيداع أو بيع][4] أو غيره . قال مالك ـ رحمه الله ـ : فلا يعجبني[5][6] أن تجحده .

---

(١) الكراهة هنا فيها تفصيل : فإن كانت الوديعة مالاً متقوماً كعروض أو حيوان ونحو ذلك مما تختلف الأغراض في عينه ولا يقوم مثله مقامه ، فلا تجوز فيه التجارة من قبل المودع عنده ، وكذلك إذا كان المودع عنده عديماً فلا تجوز له التجارة بالوديعة . والكراهة في هاتين الحالتين محمولة على الحرمة بالاتفاق .

وإن كانت الوديعة نقداً يُعَدُّ أو مثلياً يكال أو يوزن ، والمودع عنده مليء فتكره له التجارة بالوديعة في هذه الحالة وتكون الكراهة المعبر بها هنا على بابها ، والمودع عنده في كلتا الحالتين ضامن للوديعة ؛ لأنه بتصرفه فيها انتقلت يده من يد أمانة إلى يد ضمان .

وإلى حكم التجارة بالوديعة أشار خليل بقوله : « وحرم سلف مقدم ومعدوم ، وكره النقد والمثلي كالتجارة والربح له » . انظر : منح الجليل (٧/١٠ ـ ١١) و (٥/٢٥٤ ـ ٢٥٥) ، مختصر خليل (٢٠٧) ،

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٣) في ك و هـ : قرض .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) في ك و هـ و ط : فلا ينبغي .

(٦) اختلف أهل المذهب في مدلول « لا يعجبني » هنا ، واختلفوا بناء على ذلك في حكم أخذ المودع عنده من الوديعة حقاً له على المودِع كان قد ظلمه به وجحده ، فرأى بعضهم أن ذلك لا يجوز ، وحملوا قول مالك : « لا يعجبني » على المنع ، وهذه رواية ابن القاسم عن مالك ، واستدلوا =

وقد روي : « أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك »[1].

[فيمن بقيت عنده وديعة ولم يجد صاحبها ، ومن استهلك الوديعة وادعى أنها وُهبت له]

ومن أودعك وديعة ثم غاب فلم تدر أين موضعه ، أحي هو أم ميت ، ولا مَنْ ورثته ، فإنك تستأني[2] بها ، فإن طال الزمان ويئست منه ، فينبغي أن تتصدق بها عنه .

وإن أودعته وديعة فاستهلكها ثم ادعى أنك وهبتها له وأنكرت ، فالقول قولك .

[فيمن أودعك عبداً فاستخدمته ، أو أودعك العبد وديعة ثم غاب ، وفيمن ادعى متاعاً بيد عبد]

ومن أودعك عبداً فبعثته في سفر أو في أمر يعطب في مثله فهلك ، ضمنته .

= بالحديث المذكور هنا : « ولا تخن من خانك » . ورأى بعضهم أن ذلك يجوز ؛ لأن هذا حق له وقد ظفر به ، وهذه رواية ابن وهب وابن نافع عن مالك ، واستدلوا على ذلك بحديث هند ـ المتفق عليه ـ حينما كان أبو سفيان يقصر عليها في النفقة ، فقال لها رسول الله ﷺ : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، ولقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ، قالوا : وأما معنى « لا تخن من خانك » أي لا تتعد فتأخذ فوق حقك فتكون خنته كما خانك هو أولاً بأخذه حقك وجحده . والقول الأخير رجحه ابن يونس والمازري ، واستظهره ابن رشد فقال في المقدمات : « وأظهر الأقوال إباحة الأخذ » . وعلى القول الأول مشى خليل في مختصره حيث قال : « وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها » . انظر : المقدمات (٤٥٧/٢)، منح الجليل (٤٣/٧ ـ ٤٤) ، مختصر خليل (٢٠٩) ، التقييد (٢١٤/٦) .

(١) رواه الترمذي (١٢٦٤) وحسنه ، وأبو داود (٣٥٣٥) ، وصححه الحاكم في المستدرك (٤٦/٢).

(٢) في ط : تتأتى .

وأما إن بعثته لشراء بقل أو غيره من حاجة تقـرب مـن مـنزلك ، لم تضمـن ؛ لأن الغلام لو خرج في مثل هذا لم يمنع منه .

وإن أودعك عبد وديعة وهو مأذون أو غير مأذون ثم غاب فقام سيده ليأخذها[1] ، فله ذلك .

وقاله مالك ـ رحمه الله ـ فيمن ادعى متاعاً بيد عبد غير مأذون وصدّقه العبـد وقـال رب العبد : بل المتاع لي ، أو قال : لعبـدي ، فـالقول قـول السـيد ، ولـو كـان العبـد مأذوناً كان القول قول العبد . وكذلك في إقراره بدين .

تم الكتاب بحمد الله وعونه .

* * *

(١) في ك : ليأخذه .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب العارية[1] ﴾

[فيمن استعار دابة ليركبها حيث شاء]

ومن استعار دابة ليركبها حيث شاء وهو في الفسطاط ، فركبها إلى الشام أو إفريقية ، فإن كان وجه عاريته[2] إلى مثل ذلك فلا شيء عليه ، وإلا ضمن ، والذي يسأل رجلاً يسرج له دابته ليركبها في حاجة[3] له ، فيقول له ربها : اركبها حيث أحببت ، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام ولا إلى إفريقية .

قال ابن القاسم : وقد وجدت في مسائل عبد الرحيم[4] .

---

(١) العارية : في الأصل من التعاور ، وهو التداول ، وقيل : هي من عراه يعروه إذا قصده ، وقال بعضهم - وهو بعيد - إنها من العار . قال في القاموس : والعارية مشددة وقد تخفف ، والجمع عواري ، مشددة ومخففة .

أما في الاصطلاح فقد عرفها ابن عرفة باعتبارها مصدراً بأنها : « تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض » وعرفها باعتبارها اسماً بأنها : « مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بلا عوض » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٤٨٣ - ٤٨٥)، القاموس المحيط (٥٧٣) .

(٢) في ق : عارية .

(٣) في هـ : بلدة .

(٤) عبد الرحيم بن خالد المصري ، تقدمت ترجمته وأنه من كبار أصحاب مالك ، وشيخ ابن القاسم أخذ عنه في مصر قبل أن يرتحل إلى مالك في المدينة ، ومسائل عبد الرحيم هي المسائل التي سمعها من مالك وكتبها عليه ، وقد تقدم نقل ابن القاسم عن مسائل عبد الرحيم هذه في كتابي القراض والحمالة .

وقال مالك ـ رحمه الله ـ فيمن استعار دابة ليركبها[1] إلى موضع ، فلما رجع زعم ربها أنه أعارها إياه إلى دون ما ركبها إليه ، أو إلى بلد آخر : فالقول قول المستعير إن ادعى ما يشبه مع يمينه ، ويكون عليه فضل ما بين كراء[2] الموضع الذي [أقر المعير أنه أعار إليه ، وبين كراء الموضع الذي][3] ركب إليه المستعير [إذا ادعى ما لا يشبه][4].

وكذلك إن اختلفا فيما حمل عليها ، [صُدّقَ المستعير فيما يشبه][5].

[فيمن استعار مهراً فحمل عليه حملاً أو استعار بعيراً أو دابة ليحمل عليها فحمل أضر منه أو أثقل]

ومن استعار مهراً فحمل عليها حمل بزٍ[6]، لم يصدق أنه استعاره لذلك ، وإن كان بعيراً ، صُدّق .

ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة ، فحمل عليها حجارة ، فكل ما حمل عليها مما هو أضر بها[7] مما استعارها له فعطبت به ، فهو ضامن .

وإن كان مثله في الضرر لم يضمن ، كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتاناً أو قطناً في مكان بز .

---

(١) في ط و هـ : فركبها .

(٢) في هـ : كرائها .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ط و ك .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٦) البز : الثياب ـ كما تقدم ـ .

(٧) في ق : حمل ماهو أضر مما . وفي ط : حمل مما هو أضر بها مما . وفي ك : حمل مما . والمثبت من هـ .

وكذلك من اكتراها لحمل أو ركوب ، فأكراها من غيره في مثل ما اكتراها له فعطبت ، لم يضمن .

وإن استعارها لحمل حنطة فركبها فعطبت ، فإن كان ذلك أضر بها و[1]أثقل ضمن ، وإلا لم يضمن . وإن استعارها ليركبها إلى موضع فركب وأردف رديفاً تعطب في مثله فعطبت ، فربها مخير في أخذ كراء الرديف فقط ، أو يضمنه قيمة الدابة يوم أردفه .

وفي كتاب الأكرية[2] ذكر المكتري يزيد في الحمل ما تعطب الدابة في مثله أو لا .

[فيمن استعار إلى مسافة فجاوزها أو استعار شيئاً مما يغاب عليه فأفسده]

وإن استعارها إلى مسافة فجاوزها بها فتلفت[3] ، فربها مخير في أن يضمنه قيمتها يوم التعدي أو كراء التعدي فقط .

ومن استعار ما يغاب عليه من ثوب أو غيره فكسره أو خرقه[4] أو ادعى أنه سرق منه أو احترق ، فهو له ضامن وعليه فيما أفسده إفساداً يسيراً ما نقصه ، وإن كان كثيراً ضمن قيمته كلها إلا أن يقيم بينة أن ذلك هلك بغير سببه ، فلا يضمن إلا أن يكون منه تضييع أو تفريط فيضمن .

قال ابن القاسم : وكذلك وجدت هذه المسألة في مسائل عبد الرحيم .

---

(١) في ط : أو .

(٢) يقصد به كتاب كراء الدور والأرضين ، وقد تقدم في الجزء الثالث ، وانظر منه (ص ٤٤٦) .

(٣) في ك : فماتت .

(٤) في ق : حرقه .

ولا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان [أو غيره][1]، وهو مصدق في تلفه ؛ ولا يضمن شيئاً مما أصابه عنده إلا أن يكون بتعديه .

[فيمن أمرته يضرب عبدك أو يبني في أرضك أو يغرس فأردت إخراجه]

وإن أمرت من يضرب عبدك عشرة أسواط ففعل ، فمات العبد منها ، فلا شيء لك عليه ، وأستحب له أن يكفر كفارة الخطأ . وإن ضربه أحد عشر سوطاً أو عشرين سوطاً ، فمات من ذلك ، فإن زاد زيادة أعانت على قتله ، ضمن .

ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس ، فلما فعل أردت إخراجه ، فأما بقرب إذنك له مما لا يشبه أن تعيره إلى مثل تلك المدة القريبة ، فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق . وقد قال في باب بعد هذا : قيمة ما أنفق[2] وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد .

وإذا أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعاً وإلا أمرته بقلعه إلا أن يكون مما لا قيمة له ولا نفع فيه من جص ونحوه فلا شيء للباني فيه ، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلاً فبلغه ، وليس لك ههنا إخراجه قبل الأجل ، وإن أعطيته قيمة ذلك قائماً ، وكذلك لو لم يبن ولم يغرس حتى أردت إخراجه ، فليس ذلك لك قبل الأجل ، ولو لم تضرب أجلاً كان ذلك لك .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) قيل : إنه يعطيه ما أنفق إذا كان بالقرب جداً كاليوم واليومين ، وقيمة ما أنفق إذا طال الأمر ؛ لأنه يتغير بانتفاعه ، وعلى هذا فلا يكون خلاف بين قوليه ، وقيل في تأويل القولين غير ذلك . انظر : التقييد (١٩٦/٦) .

وإذا سميت له أجلاً ولم يسم ما يبنى [فيه][1] ويغرس ، فليس لك منعه مما يبني ويغرس إلا فيما يعلم أنه يضر فيه بأرضك ، وإن [ضربا أجلاً][2] فأراد الباني أن يخرج قبل الأجل ، فله قلع بنائه أو غرسه إلا أن تشاء أنت أخذه بقيمته مقلوعاً إن كان إذا قلع فيه منفعة ، وإن لم تكن فيه[3] منفعة ، فلا شيء له عليك .

وإن أعرته أرضك للزرع فزرعها ، فليس لك إخراجه حتى يتم الزرع ، إذ ليس مما يباع حتى يطيب ، فتكون فيه القيمة ، وليس لك أخذه بكراء من يوم رمت إخراجه ، ولا فيما مضى ، إلا أن تكون إنما أعرته للثواب ، فهذا بمنزلة الكراء ، وإن أعرته أرضك يبني فيها ويسكن عشر سنين ، ثم يخرج ويدع البناء[4] ، فإن بيّن صفة البناء ومبلغه وضرب لذلك أجلاً ، فهو جائز ، وهي إجارة ، وإن لم يصفه لم يجز ، وإن وصفه وقال : أسكن ما بدا لي ، ولم يؤجّل ، فمتى خرجت فالبناء لك ، لم يجز ذلك ، فإن بنى على هذا وسكن ، فله قلع بنائه ولك عليه كراء أرضك ، ولك أن تعطيه قيمته مقلوعاً ولا ينقضه[5] .

وإن أعرته أرضك عشر سنين على أن يغرسها أصولاً ، على أن يكون لك بعد

---

(١) سقطت من ق و ط و هـ .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط و ز و هـ و ك .

(٣) في ك : له .

(٤) في ط : البناء لك .

(٥) في ك و ط : ولا تنقضه . وفي هـ : ولا ينقصه .

المدة شجرها ، لم يجز ، إذ ليس للشجر حد معروف ، والمغارسة من ناحية الجعل ، وإنما يجوز أن تعطيه أرضك يغرسها أصولاً نخلاً وكرماً أو فرسكاً[1] أو تيناً أو شبه ذلك ، فإذا بلغت شباباً[2] كذا ، فالشجر[3] والأرض بينكما على النصف أو الثلث أو ما سميتما[4] .

وإن أعطيتها له سنتين أو ثلاثاً يغرسها شجراً كذا ، فإذا خرجت من الأرض فهي لك ، لم يجز ، بخلاف البناء ؛ لغرر الغراسة ؛ إذ لا يدرى ما ينبت منها[5] ، كما لو استأجرته يغرس لك كذا وكذا شجرة مضمونة عليه إلى أجل ، لم يجز ، ولو كان بناء معلوماً يوفيكه إلى أجل معلوم ، جاز .

[فيمن استعار مسكناً ثم مات ، ومن أعمر داره حياته]

ومن استعار مسكناً عشر سنين ثم مات ، فورثته بمثابته ، كان قد قبضه أو لم يقبضه ، وإن مات المعير قبل القبض بطلت العارية . وإن مات بعد القبض نفذ ذلك كله إلى أجله .

ومن أعمر[6] رجلاً داراً حياته ، رجعت بعد موته إلى المعطي ، والناس عند

---

(١) الفرسك ـ بكسر السين ـ : الخوخ الملقم بالتفاح . انظر : التقييد (٦/٢٩٩) .

(٢) في ط : بشاب . وقوله : « بلغت شباباً » : هو كناية عن مستوى نضجها واكتمالها ، من الشؤبوب : وهو حد كل شيء وشدة دفعه وأول ما يظهر من الحسن . انظر : القاموس (٩٩) .

(٣) في ق : فالثمرة . والمثبت من باقي النسخ .

(٤) في ك : ما شئتما .

(٥) في باقي النسخ : لغرر الغراسة فيما ينبت منها . والمثبت من ق .

(٦) بأن يقول له : أعطيتك هذه الدار مدة عمرك أو عمرك .

شروطهم ، وتكون العمرى في الرقيق والحيوان كله ، ولم أسمع ذلك في الثياب ، وهي عندي[1] على ما أعارها عليه من شروط .

[في الرقبى[2] والوصية بالعتق أو الخدمة]

ولم يعرف مالك الرقبى ، وفُسّرت له فلم يجزها ، وهي أن تكون دار بين رجلين فيحبسانها على أن من مات منهما [أولاً][3] فنصيبه حبس على الآخر ، وسألته عن العبد بينهما يحبسانه على أن من مات أولاً[4] فنصيبه يخدم آخرهما موتاً حياته ، ثم يكون العبد حراً بعده ، فلم يجزه مالك ، إلا أنه ألزمهما العتق إلى موتهما ، ومن مات منهما فنصيبه يخدم ورثته دون صاحبه ويبطل ما أوصى به في الخدمة ؛ لأنه خطر . وإذا مات آخرهما كان نصيب كل واحد حراً من ثلثه ، كمن قال : إذا مت فعبدي يخدم فلاناً حياته ، ثم هو حر . ولو قال : عبدي حر بعد موت فلان ، كان من رأس ماله . وكذلك لو كان[5] ذلك في العبد الذي بين الرجلين ،

---

(١) في ك و ط : عنده .

(٢) الرقبى : هي كما فسرها هنا ، وفسرها ابن عرفة بقوله : « وهي تحبيس رجلين داراً بينهما على أن من مات منهما فحظه حبس على الآخر » . وهي مأخوذة من الترقب ؛ لأن كل واحد منهما يترقب عمر صاحبه ، وإنما فسدت لكونها من جهتين فخرجت عن حكم الوصايا وعن حكم العتق إلى أجل ، ولو كانت من جهة واحدة مثل أن يقول لعبده : إن مت فاخدم فلاناً حتى يموت ، ثم أنت حر ، فهذا جائز ؛ لأنه كالتعمير والعتق وكالوصية بالخدمة ثم بالعتق بعد انقضاء أجلها . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٥٩٦)، التقييد (٢٩٩/٦) .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في باقي النسخ : من مات منهما .

(٥) في ك : لو قال .

فمات أحدهما لكان نصيب الحي حراً من رأس ماله في قوله : نصيبي منه بعد موت فلان حر .

[في استعارة الدنانير والدراهم والفلوس والطعام وتحبيس ذلك والضمان فيه]

ومن استعار دنانير أو دراهم أو فلوساً أو طعاماً ، فذلك سلف مضمون لا عارية .

وقال مالك فيمن حبس على رجل مائة دينار يتجر بها أمداً معلوماً ، فإنه ضامن لما نقصت ، وهي كالسلف ، وذلك جائز ، فإن شاء قبلها على ذلك أو[1] ردها ، فترجع ميراثاً .

وقال[2] في امرأة حبست دنانير على ابنة ابنتها على أن تنفق منها إذا أرادت الحج أو نفست ، فذلك نافذ فيما شرطت ، وليس للابنة أن تتعجلها قبل [ذلك على][3] أن تضمنها .

[فيمن اعترف دابة]

ومن اعترف[4] دابة فأقام البينة أنها له ، سألهم القاضي عن علمهم ، فإن شهدوا أنهم لا يعلمون أنه باع ولا وهب ، قُضي له بها بعد يمينه على البت أنه

---

(١) في ك : وإن شاء .

(٢) في هـ : وقال مالك .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٤) اعترفها أي عرفها بأوصافها وادعى أنها له . انظر : منح الجليل (٢٥٤/٨) .

ما باع ولا وهب ولا خرجت عن ملكه بوجه من الوجوه ، فإن شهدوا أن الدابة له ولم يقولوا : لا نعلم أنه باع ولا وهب ولا تصدق ، حلف على البت كما ذكرنا ويقضى له[1]، [قال أشهب : هذا إذا لم يقدر على كشف الشهود][2].

[3] وإن شهدوا على البت أنه ما باع ولا وهب كانت شهادتهم زوراً .

[فيمن استأجر دابة فعطبت أو استعار سيفاً يقاتل به فضرب به فانكسر]

ومن استأجر دابة فعطبت [تحته][4][ثم استحقت][5]، فليس لمستحقها أن يُضَمِّنَه قيمتها ، بخلاف من ابتاع طعاماً فأكله ، وإنما يضمن المبتاع ما هلك بانتفاعه .

وليس للعبد أن يعير شيئاً من متاعه أو يدعو إلى طعام إلا بإذن سيده ، وهذا مذكور في كتاب المأذون[6].

ومن استعار سيفاً ليقاتل به فضرب به [فانكسر][7]، لم يضمن ؛ لأنه فعل ما أذن له فيه ، وهذا إذا كانت له بينة أو عرف أنه كان معه في اللقاء ، وإلا ضمن .

---

(١) في ط : على البت أنه ما باع ولا وهب ولا تصدق وقضي له .

(٢) قول أشهب ـ كما ترى ـ هنا تفسير وبيان ، وهو ساقط من كل النسخ عدا ق .

(٣) في ك : قال مالك .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ك و ط ، والمثبت من هـ .

(٦) أي في كتاب المأذون له في التجارة ، وقد تقدم في بداية هذا الجزء . انظر (ص ٥ ـ ٦) .

(٧) سقطت من ط ، وفي هـ : فانقطع أو انكسر .

قلت[1]: فمن استعار دابة إلى مسافة فجاوزها بميل ونحوه ، ثم رجع بها إلى الموضع الذي استعارها إليه ، ثم رجع بها ليردها إلى ربها فعطبت في الطريق ، وقد رجع إلى الطريق الذي أذن له فيه ، هل يضمن ؟ [قال[2]: قال مالك : هو ضامن إلا أن يكون مثل منازل الناس ، فلا شيء عليه][3].

[في المتكاري يتعدى على الدابة فتعطب ، ومن بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة]

قال : [وسمعت مالكاً][4] يُسأل عمن تكارى دابة إلى ذي الحليفة فتعداها ، ثم رجع فعطبت بعد أن رجع إلى ذي الحليفة ، فقال : إن كان تعدى إلى مثل منازل الناس فلا شيء عليه ، وإن جاوز ذلك بمثل الميل والميلين ، ضمن .

قال ابن القاسم[5]: ومن بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة إلى برقة ، فقال له الرسول : يسألك فلان أن تعيره إياها إلى فلسطين فأعاره ، فركبها المستعير ولا يدري فعطبت ، فإن أقر الرسول بالكذب ضمنها ، وإن قال : بذلك أمرتني ، وأكذبه المستعير فلا يكون الرسول ههنا شاهداً ؛ لأنه خصم ، [والمستعير ضامن إلا أن يأتي ببينة أنه أمره إلى برقة .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٥) سقطت من جميع النسخ ما عدا ك .

قال ابن القاسم :][1] ومن ركب دابة لرجل إلى بلد وادعى أنه أعاره إياها ، وقال ربها : بل أكريتها منه ، فالقول قول ربها ، إلا أن يكون ليس مثله يكري الدواب لشرفه وقدره .

تم الكتاب بحمد الله وعونه

يتلوه كتاب الحبس بعون الله وقوته

*   *   *

*   *

*

(١) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ ما عدا ط .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

« كتاب الحبس[1] »

[في الحبس المبهم وكيفية تصريفه]

قال[2]: ومن حبّس في سبيل الله فرساً أو متاعاً ، فذلك في الغزو ، ويجوز أن يصرف في مواحيز[3] الرباط ، كالإسكندرية ونحوها ، وأمر مالك في مال جُعل في السبيل أن يُفرَّق في السواحل من الشام ومصر [وتونس بالغرب][4] ولم يَرَ جُدَّة من ذلك . قيل : قد نزل بها العدو . قال : كان ذلك أمراً خفيفاً .

[وسأله قوم : أيام كان من دهلك[5] ما كان ، وقد تجهزوا يريدون

---

(١) في بعض النسخ : كتاب الحبس والصدقة والهبة . إلا أن المصنف سيذكر كتاب الصدقة وكتاب الهبة بعد هذا كلٌ على حدة .

والحبس يعبر عنه تارة في كتب الفقه بالوقف ، وهما مترادفان في اللغة والاصطلاح ، تقول : حبسته ووقفته ، وهو : « إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً » هكذا عرفه ابن عرفة . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٥٨١) .

(٢) في ط و هـ : قال مالك .

(٣) في هـ : سواحل . والمواحيز : النواحي ، وهي جمع ماحوز ـ كما مرّ في كتاب الجهاد قوله : ولا بأس بالطوى من ماحوز إلى ماحوز . انظر (٧٤/٢) من هذا الكتاب ، والتقييد (٣٦١/٢).

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من باقي النسخ .

(٥) دهلك : جزيرة بساحل البحر من ناحية اليمن بين بر اليمن وبر الحبشة . وقوله « أيام كان من دهلك ما كان » : لم أجد من ذكر ما كان من دهلك ، ولعله يقصد أن هجوماً من العدو وقع عليها أو صدر منها ، مما جعل بعض المسلمين يهم بالانصراف إلى جدة في إطار حماية السواحل والثغور . انظر : التقييد (١٥٧/٦)، معجم البلدان (٤٩٢/٢) .

الغـــزو إلى عســـقلان وإلى الإســـكندرية أو بعـــض الســـواحل ، فاســـتشاره قـــوم أن ينصرفـــوا إلـــى جـــدة فنهاهـــم عـــن ذلـــك وقـــال لـهـــم : الحقـــوا بالسواحـل][1] .

قال ربيعة[2]: كل ما جعـل حبسـاً أو حبساً صدقـة ، فذلـك يصـرف في مواضـع الصدقة على نحو النفع به ، إن كانت دواب ففي الجهاد ، وإن كانت غلة أموال فـرأي الإمام في [أي أوجه][3] الصدقة [يضعها][4].

ومـن قـال : داري حبـس فقـط ، ولم يجعـل[5] لهـا مخرجـاً في وصيتـه ، فـهي حبس علـى الفقـراء [والمسـاكين][6] إلا أن يُـرى لذلـك وجـه يصـرف إليـه ، مثـل أن يكـون بموضـع ربـاط كالإسـكندرية ، وجُـلُّ مـا حبـس النـاس بهـا في السـبيل فيجتهد فيها الإمام .

ومن حبس رقيقاً أو دواب في السبيل ، استعملوا في ذلك ولم يباعوا ، ولا بأس أن يحبس الرجل الثياب والسروج .

وما ضعف من الدواب المحبسة في السبيل ، وما بلي من الثياب حتى لا ينتفع بـه ،

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ط .

(٢) قول ربيعه هنا هو المذهب . انظر : منح الجليل (١٤٥/٨) .

(٣) سقطت من ك وط .

(٤) سقطت من ك وهـ و ط .

(٥) في ق : لم يخرج .

(٦) سقطت من ط .

بِيعَ فاشتُري بثمن الدواب فرس أو برذون أو هجين[1] ، فإن لم يبلغ أُعِينَ به في فرس .

ابن وهب عن مالك : وكذلك الفرس يكْلِب[2] أو يخبث[3] ، فلا بأس أن يباع ويشترى فرس مكانه .

قال ابن القاسم : وأما الثياب فيشترى بثمنها ثياباً ينتفع بها ، فإن لم يبلغ ، تصدق بها في السبيل .

وقد روى غيره[4] أنه لا يباع ما حبس من عبد أو ثوب ، كما لا تباع الرباع الداثرة[5] [الحبس إذا خربت ، وبقاء أحباس السلف خراباً دليل على أن بيعه غير

(١) الهجين من الخيل الذي ولدته برذونة من حصان عربي . انظر : المصباح (٦٣٥) .

(٢) يكلب : من كلِب بكسر اللام إذا أصابه داء الكلاب ، وهو السعار ، وأصله في الكلاب . انظر : التقييد (١٥٨/٦) .

(٣) في ك : يخنب . قال الزرويلي : « خبث » كذا بالباء الموحدة بعدها ثاء مثلثة ، ومعناه : فسد وبطل ، ورواه بعضهم خنب بالنون المكسورة وآخره باء موحدة ، ومعناه : هلك ، وليس المراد بهذا كله فساده ولا هلاكه كله بالكلية ، إذ لو كان هذا لم يقل يباع ويشترى بثمنه فرس مكانه ، وإنما معناه أنه بطل ما يراد منه من استعماله في الجهاد والوجه الذي حبس له . انظر : التقييد (١٥٨/٦) .

(٤) في هـ : قال سحنون : وقد رأى غيره . وكذلك في بعض نسخ المدونة ـ كما في نسخة ابن عتاب ـ . قال الزرويلي : والذي في نسخة ابن المرابط وابن سهل وكثير من النسخ . وقد روي غيره ، وعلى ذلك اختصرها غير واحد ، واختصرها ابن أبي زمنين ، وقد روي عن مالك . انظر : التقييد (١٥٨/٦) .

(٥) الداثرة : الدارسة ، من دثرت الديار إذا عفت ودرست . انظر : القاموس (٣٩) .

مستقيم][1]، وإن كان قد روي عن ربيعة في الرباع والحيوان خلاف هذا ، إذا رأى ذلك الإمام[2].

[فيمن حبس على رجل وعقبه ما عاش ، وذكر الصدقة على ولده ، وكيفية مرجع الحبس]

مالك[3]: ومن قال : هذه الدار حبس على فلان وعقبه ، أو عليه وعلى ولده وولد ولده ، أو قال : حبس على ولدي ، ولم يجعل لها مرجعاً ، فهي موقوفة لا تباع ولا توهب ، وترجع بعد انقراضهم[4] حبساً على أولى الناس ، بالذي حبس يوم المرجع وإن كان حياً .

قال مالك : وإن تصدق بدار له على رجل وولده ما عاشوا ، ولم يذكر شرطاً ولا مرجعاً فانقرضوا ، فإنها ترجع حبساً في فقراء أقارب الذي حبس ولا تورث .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا هـ . قال الزرويلي : « هذا في بعض النسخ ، وهو في كتابي ». يعني نسخة التهذيب التي بين يديه يشرحها .

(٢) المشهور في المذهب أن غير الدور إذا لم يعد ينتفع به يباع في مثله مما ينتفع به ، أما الدور فلا تباع ولو خربت ، خلافاً لربيعة ـ كما هنا ، وكما روى عنه ابن وهب في موطئه ـ ، وإلى هذا أشار خليل بقوله : « وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو شقصه كأن تلف . . . لا عقار وإن خرب » ، إلا أن بعض متأخري المالكية رجحوا قول ربيعة بأن العقار الخرب يباع ليشتري به عقاراً غير خرب ، وذكروا أنه هو الذي جرى عليه العمل . انظر : شرح السجلماسي لمنظومة الفلالي للعمل المطلق (٢/٨٠ ـ ٨١) ، مختصر خليل (٢٢٧)، منح الجليل (٨/١٥٢ ـ ١٥٤) .

(٣) سقطت من ق .

(٤) في ك : بعد موتهم .

قال غير ابن القاسم[1]: كل حبس أو صدقة لا مرجع لها على مجهول [يأتي][2] فهو الحبس الموقوف ، مثل أن يقول : على ولدي ، ولم يسمهم ، [فهذا مجهول][3]، ألا ترى أن من حدث من ولده بعد هذا القول يدخل فيه ؟ .

وكذلك لو قال : على ولدي وعلى من يحدث لي[4] بعدهم ، فإنها لا ترجع ملكاً[5].

قال ربيعة[6]: وكذلك على قوم لا يحاط بعددهم .

قال ربيعة[7]: فأما الصدقة على قوم بأعيانهم ـ ومعناه : ما عاشوا ولم يذكر تعقيباً ـ فهو تعمير ترجع إليه إذا ماتوا مُلْكاً .

---

(١) في المدونة : « وقد قال بعض رجال مالك » بدل « قال غير ابن القاسم » . وقولهم هنا هو المذهب ، ولا يخالفه ابن القاسم . انظر : المدونة (١٠١/٦)، المقدمات (٤٢٠/٢) .

(٢) في ك : مجهول من مات . وسقطت من ط .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في هـ و ط : يحدث عنده .

(٥) وإنما تكون بعد انقراض المحبس عليهم حبساً على أقرب الناس بالمحبس ، لقول النبي ﷺ لأبي طلحة : « وإني أرى أن تجعلها في الأقربين » . انظر : المقدمات (٤٢١/٢) .

(٦) قول ربيعة ـ كما ترى ـ تتميم وتأكيد لما قبله ؛ لأن قول المحبس : على ولدي ، أو على من يحدث لي ، هذا كله لا يحاط بعدده .

(٧) قول ربيعة هنا موافق لأحد قولي مالك الآتيين .

[قال مخرمة[1] بن بكير : أو[2] لورثته إن مات ملكاً][3].

وأصل قول مالك أنه إذا قال : حبساً ، ولم يقل : صدقة ، فهي حبس إذا كانت على غير قوم بأعيانهم ، وإن كانت على قوم بأعيانهم فقال : حبس ، ولم يقل : صدقة[4] ، لا تباع ولا توهب ، فقد اختلف قوله فيه ، فمرة قال : ترجع بعد انقراضهم إلى ربها إن كان حياً ، أو إلى ورثته بعد موته[5] ملكاً تباع[6]. وقال مرة : لا ترجع ملكاً ، وتكون حبساً ، كقوله : لا تباع[7].

---

(١) في المدونة : عن مخرمة بن بكير عن أبيه . وقوله هنا تكميل وتتميم لقول ربيعة ، والقول بمجموعه يوافق أحد قولي مالك ـ كما سيأتي ـ . ومخرمة هو : ابن بكير بن عبد الله بن الأشج القرشي ، أبو المسور المدني ، مولي بني مخزوم ، روى عنه مالك وكان يحسن الثناء عليه ، توفي سنة (١٥٩هـ) . انظر : تهذيب الكمال (٣٢٤/٢٧) ، المعرفة والتاريخ (٤٣٦/١) .

(٢) في ط : و .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق . والمثبت من باقي النسخ .

(٤) في ك : لم يقل : صدقة ، ولا قال : لا تباع ولا توهب . وفي هـ : ولم يقل : لا تباع .

(٥) في ك و هـ : بعده .

(٦) هذا قول مالك الموافق لقول ربيعة ومخرمة المتقدم ، وهو رواية المدنيين من أصحاب مالك عنه .

(٧) أي وترجع إلى أقرب الفقراء إلى المحبس ، وهذه رواية المصريين من أصحاب مالك عنه ، قال الدردير : وهي الأصح . قلت : هذا إذا لم يقيد الحبس على المعين بحياته ، فأما إن قيده بحياته كأن يقول : هو حبس عليك ما عشت ، أو مدة حياتك ، فإن الحبس يرجع بعد موت المحبس عليه إلى المحبِّس أو ورثته إن كان ميتاً باتفاق . انظر : المقدمات (٤٢٠/٢) ، حاشية الدسوقي (٧٩/٤) ، منح الجليل (١٤٣/٨) .

وإن قال في المعينين حبساً صدقة ، أو قال : لا تباع ، فانقرضوا ، فلم يختلف قوله[1] أنها لا تباع وترجع إلى أولى الناس به يوم المرجع حبساً ، ولا ترجع إليه وإن كان حياً ، وعليه أكثر الرواة .

وقال ربيعة[2]: ومن حبس داره على ولده وولد غيره ، فليسكنوها بقدر مرافقهم ، فإن انقرضوا فهي لولاته دون ولاة من ضم مع ولده .

قال يحيى بن سعيد[3]: من حبس داره على ولده ، فهي على ولده[4] وولد ولده : ذكرهم وأنثاهم ، إلا أن ولده[5] أحق من أبنائهم ما عاشوا ، إلا أن يكون فضل فيكون لولد الولد .

وقال مالك : من قال حبس على ولدي فإن ولد الولد يدخلون مع الآباء ، ويؤثر الآباء .

وإن قال : على ولدي وولد ولدي ، دخلوا أيضاً ويبدأ بالولد ، فإن كان فضل كان لهم وكان المغيرة[6] وغيره يساوي بينهم .

---

(١) قال ابن رشد في المقدمات : ليس ذلك بصحيح ، بل اختلف قوله فيه أيضاً ، فقد روى ابن عبد الحكم عنه في كتابه أنها ترجع إلى المحبس ملكاً بعد موت المحبس عليه ، وإن قال : حبساً صدقة إذا كان على معين ، وهو قول ابن وهب في العتبية ، لاحتمال قوله : لا يباع ولا يوهب حياة المحبس عليه . قلت : والمشهور الأول ، وهو رواية ابن القاسم وعليه أكثر الرواة ـ كما ذكر هنا ـ . انظر : المقدمات (٢/٤٢٠)، منح الجليل (٨/١٤٦) .

(٢) قول ربيعة هنا هو الذي عليه المذهب ، وهو موافق لقول ابن القاسم . انظر : التقييد (٦/١٦٠).

(٣) قول يحيى بن سعيد ـ أيضاً ـ موافق لابن القاسم وهو المذهب . انظر : التقييد (٦/١٦٠) .

(٤) في ك : ولد ولده .

(٥) في ك : إلا ولده .

(٦) قول المغيرة وغيره ـ كما ترى ـ يخالف قول مالك ومن معه والذي عليه المذهب قول مالك .

قال مالك : ولا شيء لولد البنات ؛ للإجماع أنهم لم يدخلوا في قول الله عز وجل : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾[1].

[ابن القاسم :][2] ومن حبس في مرضه داراً على ولده و[3] ولد ولده والثلث يحملها ، ثم مات وترك [أماً][4] وزوجة ، فإنها تقسم على عدد الولد وولد الولد ، فما صار لولد الولد نفذ لهم في الحبس ، وما صار للأعيان كان بينهم وبين الأم والزوجة على الفرائض موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان ، فتخلص الدار كلها لولد الولد حبساً ، [ولو ماتت الأم أو الزوجة كان ما بيدهما لورثتهما موقوفاً ، وكذلك يورث نفع ذلك عن وارثهما [أبداً][5] ما بقي أحد من ولد الأعيان][6] ، فإن مات أحد ولد الأعيان قسم نصيبه [بالتحبيس][7] على من بقي من ولد الأعيان وعلى ولد الولد ؛ [لأنهم هم الذين حبس عليهم][8] ، ثم تدخل الأم والزوجة وورثة الميت من ولد الأعيان في الذي أصاب ولد الأعيان من ذلك على فرائض الله تعالى ، فإن هلكت الأم أو الزوجة أو هلكتا جميعاً ، دخل ورثتهما في حظوظهما ما دام أحد من ولد الأعيان حياً[9].

---

(١) سورة النساء ، الآية (١١) .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ط : أو .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ق .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٨) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٩) سقطت من ق و ط .

فإذا انقرضت الأم أو الزوجة أولاً دخل ورثتهما مكانهما .

فإن انقرض أحد ولد الأعيان بعد ذلك ، قسم نصيبه على من بقي من ولد الأعيان [وعلى ولد الولد ، ورجع من بقي من ورثة ذلك الهالك من ولد الأعيان][1] وورثة الزوجة وورثة الأم في الذي أصاب[2] ولد الأعيان ، فيكون بينهم على الفرائض ، فإن مات ورثة الزوجة والأم وبقي ورثة ورثتهم دخل في ذلك ورثة ورثتهم ، وورثة من هلك من ولد الأعيان أبداً ، ما بقي من [ولد الأعيان أحد بحال ما وصفنا ، فإن انقرض ولد الأعيان و][3] ولد الولد ، رجعت الدار حبساً على أقرب الناس بالمحبس[4] .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط . والعبارة في ق : وعلى ولد الولد ورجع من ورث ذلك الهالك . وفي ك : ويرجع من بقي من ورثة الهالك من ولد الأعيان .

(٢) في ك : أضاف .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٤) وردت هنا زيادة في ط ، وهي : قال أبو القاسم خلف بن أبي القاسم (البرادعي) : وقعت هذه المسألة في الأمهات التي حضرت عندي للنسخ والمقابلة بلفظين مختلفين وكررتها ـ كما ترى ـ باللفظين معاً حتى أتفرغ لهما وأتفكر فيهما وأطلبهما في أمهات غيرهما وأُثبت الذي هو أخصر وأشد تلخيصاً وأسرع إلى فهم الدارس وأقرب إلى الصواب ـ إن شاء الله تعالى ـ وهي : ومن حبس في مرضه داراً على ولده وولد ولده والثلث يحملها ثم مات وترك أماً وزوجة ، فإنها تقسم على عدد الولد وولد الولد فما صار لولد الولد نفذ لهم في الحبس ، وما صار للأعيان كان بينهم وبين الأم والزوجة على الفرائض موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان فتخلص الدار كلها لولد الولد حبساً ، ولو ماتت الأم أو الزوجة كان ما بيدها لورثتها موقوفاً ، وكذلك يورث نفع ذلك على وارثها أبداً ما بقي من ولد الأعيان . =

ومن حبس داراً على رجل وعلى [ولده و][1] ولد ولده ، واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رثّ[2] منها من ماله ، لم يجز ، وهو كراء مجهول ، ولكن يمضي [ذلك][3] ولا مرمة[4] عليه ، وترم من غلتها ، وقد فاتت في سبيل الله ولا يشبه البيوع[5] .

[فيمن حبس فرساً على رجل وشرط عليه حبسه سنة وعلفه]

وقال مالك في الفرس يحبس على الرجل ويشترط على المحبس عليه حبسه سنة وعلفه فيها : إنه لا خير فيه[6] ، إذ قد يهلك الفرس قبلها فيذهب علفها باطلاً .

= قال : وإذا مات أحد ولد الأعيان قسم نصيبه بالتحبيس على من بقي من ولد الأعيان وولد الولد على عدتهم ، فما أصاب ولد الأعيان دخلت فيه أم الميت الأول وزوجته بحق الميراث فيأخذان منه الثمن والسدس ، وكذلك ورثتهما بمثابتهما ، وما بقي من نصيب ولد الأعيان من ذلك فإنه يضم إلى ما بيد ولد الأعيان قديماً فيجمع ذلك ثم يقسم بين من بقي من ولد الأعيان وبين الميت منهم فما وقع للميت فهو الذي يجب لورثته عنه فيكون لهم بالميراث عنه موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان ، فإن انقرض ولد الأعيان وولد الولد رجعت الدار حبساً على أقرب الناس بالمحبس .

(1) سقطت من ك .

(2) رثّ : أي خلق وضعف . انظر : المصباح (٢١٨) .

(3) سقطت من ق .

(4) مرمة الدار : إصلاحها ، من رمّها يرمها إذا أصلحها . انظر : القاموس (١٤٤٠) .

(5) قال الزرويلي : أي ولا يشبه البيوع الفاسدة يريد بيوع الأعيان والمنافع . انظر : التقييد (٦/١٦٣).

(6) لا خير فيه على المنع والحرمة ـ كما تقدم ، وكما يدل عليه التعليل ـ .

قال ابن القاسم : وأرى إن لم يمض الأجل أن يخير الذي حبس الفرس ، فإما ترك الشرط وبتل الفرس[1] للرجل ، أو أخذه وأدى للرجل ما أنفق عليه ، وإن مضى الأجل لم يؤد[2] ، وكان للذي بتل له بعد السنة بغير قيمة .

[فيمن باع عبداً على أنه مدبرٌ وكراهية إخراج البنات من الحُبس]

وأما بائع[3] العبد على أنه مدبر على المبتاع ، فلا خير فيه[4] ، إلا أنه لا يفسخ[5] ؛ لأنه بيع [قد][6] فات بالتدبير ، ويرجع البائع على المبتاع بتمام الثمن ، إن كان البائع هضم له من الثمن [لذلك][7] شيئاً .

---

(١) بتلها له : أي ميزها له وأخلصها له وقطعها له وأعطاه إياها . انظر : القاموس (١٢٤٦) .

(٢) في ط : يرد .

(٣) في ك : وإذا باع العبد .

(٤) « لا خير فيه » هنا على الحرمة كما تقدم من أن « لا خير فيه » في المدونة ملازمة للحرمة ، ووجه التحريم هنا أن البائع وضع الثمن لشيء لا يدري هل يحصل للعبد أم لا ؟ ، وهو العتق ؛ إذ لا يدري هل يحيا إلى موت المشتري أم لا ؟ وإذا حيي هل يحمله الثلث أم لا يحمله ؟ وقوله : « إلا أنه لا يفسخ . . . إلخ » لا ينافي عدم الجواز الذي هو المذهب ؛ لأن عدم فسخه بعد الفوت مراعاة للخلاف . وانظر : التقييد (٦/١٦٣) .

(٥) في ك : لا يفسخ عندي .

(٦) سقطت من هـ ، وفي ط : لأنه بيع فاسد قد فات . . .

(٧) سقطت من ق .

ويكره[1] لمن حبس أن يخرج البنات من حبسه ، [ولا يخرج من الحبس أحد لأحد][2].

[وروى ابن وهب أن عائشة ـ رضي الله عنها ـ كانت إذا ذكرت صدقات الناس

---

(١) عبّر في المدونة هنا بالكراهة ، وفي العتبية روي عن مالك التصريح بعدم الجواز ، فقد قال فيها : قال الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ : « من حبس حبساً على ذكور ولده وأخرج البنات منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزاً وإنه من أمر الجاهلية ، وليس على هذا توضع الصدقات لوجه الله تعالى وما يراد به ووجهه . . . »

قال ابن القاسم : قلت لمالك : أفترى . . . أن يبطل ، وسجل الحبس ؟ قال : نعم وذلك وجه الشأن فيه ، قال ابن القاسم : ولكن إذا فات ذلك ، فهو على ما حبس ، فإن كان المحبس حياً ولم يجز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث ، وإن كان قد حيز أو مات فهو كفوت ، ويكون على ما جعل عليه . قال ابن رشد : ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز ويبطل على كل حال خلاف مذهب ابن القاسم من أنه يمضي إذا فات ولا ينقض ، وفوت الحبس عنده أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية أو يموت . . . وقد روي عن مالك أنه مكروه فعلى هذا لا يفسخ ، إلا أن يرضى المحبس عليهم ، قلت : وقد مشى خليل في مختصره على رواية مالك في العتبية بالبطلان مطلقاً ، فقال في مختصره : « وبطل على معصية وحربي وكافر للمسجد أو على بنيه دون بناته » ، قال الدردير معلقاً على قول خليل : وما مشى عليه المصنف أحد أقوال ؟ وعلل بأنه يشبه فعل الجاهلية من حرمان البنات من إرث آبائهن ورجح بعضهم الكراهة فيمضي ، وهو رأي ابن القاسم ، وعليه العمل . وصرح الشيخ أبو الحسن بأن الكراهة في المدونة على التنزيه .

قلت : وقد شهرها عياض ، وفي المسألة كلام طويل وبحث مستفيض ، وقد وصلت الأقوال فيها إلى سبعة أقوال . انظر : البيان والتحصيل (١٢/٢٠٤ وما بعدها) ، حاشية الدسوقي (٤/٧٧)، منح الجليل (٨/١١٨ ـ ١١٩) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

اليوم وإخراج الناس[1] بناتهم منها ، تقول : ما وجدت للناس مثلاً اليوم في صدقاتهم إلا ما قال الله تبارك وتعالى : ﴿ وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا وإن يكن ميتة فهم فيه شركاء ﴾[2].

قال سحنون : فهذا من قول عائشة[3] يدل أن الصدقات فيما مضى إنما كانت على البنين والبنات ، ولقد كتب عمر بن عبد العزيز أن ترد صدقات [الناس][4] التي أخرجوا منها البنات[5].

ولا يخرج من الحبس أحد لأحد][6].

ومن لم يجد مسكناً فلا كراء له ، ومن مات أو غاب غيبة انتقال[7] استحق الحاضر مكانه ، وأما من سافر لا يريد مقاماً ، فهو على حقه إذا رجع .

قال عطاء : لا يخرج أحد لأحد إلا أن يكون بيده فضل مسكن[8].

---

(١) في ط : الرجال .

(٢) سورة الأنعام ، الآية (١٣٩) .

(٣) أثر عائشة رواه في المدونة (١٠٦/٦) .

(٤) سقطت من ط .

(٥) رواه عنه في المدونة (١٠٦/٦)، ولفظها : إن عمر بن عبد العزيز مات حين مات وإنه ليريد أن يرد الصدقات التي أخرجوا منها النساء .

(٦) ما بين المعكوفتين ـ من قوله : وروى ـ سقط من ق و هـ .

(٧) في ط : انقطاع .

(٨) انظر : المدونة (١٠٦/٦) .

[فيمن حبس على ولده وأعقابهم ولا عقب له يومئذ ، وذكر مؤنهم ونكاحهم]

قال مالك : ومن حبس على ولده وأعقابهم ولا عقب له يومئذ ، فأنفذه في صحته ثم هلك هو وولده وبقي ولد ولده وبنوهم ، فذلك بين جميعهم إن تساووا في الحال ، و[1] المؤنة سواء بينهم إلا أن الأولاد ماداموا صغاراً لم يبلغوا أو ينكحوا أو تعظم مؤنتهم ، فإنه لا يقسم لهم ، ولكن يعطى الأب بقدر ما يمون[2] ، وإذا نكح الأبناء وعظمت مؤونتهم كانوا بقسم واحد مع آبائهم .

وقد قال مالك : وإذا بنى بعض أهل الحبس[3] فيه ، أو أدخل خشبة ، أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل في ذلك ذِكْراً ، فلا شيء لورثته فيه .

قال ابن القاسم[4]: وإن كان قد أوصى به أو قال : هو لورثتي ، فذلك لهم ، وإن لم يذكر ذلك ، فلا شيء لهم ، قلّ أو كثر .

وقال المغيرة[5]: لا يكون من ذلك صدقة محرمة[6] إلا فيما لا بال له من الميازيب والسُّتَر ، وأما ما له خطر[7] ، فإنه مال له يورث عنه ويقضى به دينه .

---

(١) في ك : أو .

(٢) أي بقدر مؤونتهم ، والمؤونة والمؤْنة بمعنى واحد .

(٣) في ط : بعض المحبس عليه فيه .

(٤) قول ابن القاسم هنا تفسير وبيان لقول مالك .

(٥) قول المغيرة هنا خلاف المذهب ، والمشهور في المذهب قول مالك وابن القاسم أن ذلك الذي أحدث وقف ما لم يبين أنه ملك لورثته ، وإلى هذا أشار خليل بقوله : « وإن بنى محبس عليه فمات ولم يبين فهو وقف » . انظر : منح الجليل (١٧٠/٨) ، مختصر خليل (٢٣٨) .

(٦) في ك : صدقة ولا محرماً .

(٧) في ط : حظ .

[فيمن حبس نخل حائطه على المساكين في مرضه أو صحته أو على ورثته ، والحيازة والقبض في ذلك]

ومن حبس نخل حائط على المساكين في مرضه والثلث يحمله فلم يخرجه من يده حتى مات ، فذلك نافذ ؛ لأنها وصية ، وأما من حبس في صحته مالاً غلة له مثل السلاح والخيل وشبه ذلك ، فلم ينفذها ولا أخرجها من يده حتى مات ، فهي ميراث ، وإن كان يخرجه في وجوهه[1] ويرجع إليه ، فهو نافذ من رأس ماله .

وإن أخرج بعضه وبقي بعضه فما أخرج فهو نافذ وما لم يخرج فهو ميراث .

وكذلك ما[2] حبس صحته أو تصدق به على المساكين من حائط أو دار أوشيء له غلة ، فكان يكريه ويفرق غلته كل عام على المساكين ، ولم يخرجه من يده حتى مات لم يجز ذلك ؛ لأن هذا غير وصية إلا أن يخرج ذلك من يده قبل موته أو يوصي بإنفاذه في مرضه لغير وارث ، فينفذ من ثلثه .

ولا يجوز من فعل الصحيح إلا ما قُبِض وحيز[3] قبل أن يموت أو يفلس .

وكذلك إن وهب أو تصدق على من يقبض لنفسه من وارث أو غيره فلم يقبض ذلك المعطى حتى مات[4] المعطي ، لم يكن للمعطى قبضها الآن ، وكانت إن مات مال وارث[5] ، وكذلك الحبس والعمرى والعطايا والنحل .

---

(١) في ق و ط : لوجوهه . وقوله : في وجوهه ، فسرها في المدونة بأن يخرجها أو يغزو بها في سبيل الله فإذا أقفلت رجعت إليه .

(٢) في ق و ك : وكذلك من . وفي ك : وأما ما .

(٣) في ط : وحبس .

(٤) في باقي النسخ : حتى مرض .

(٥) في ك : إن مات ميراثاً .

[وروي أن أبا بكر وعمر وعثمان(1) ـ رضي الله عنهم أجمعين ـ وغيرهم قالوا : لا تجوز صدقة حتى تقبض](2)(3).

وقال عثمان بن عفان : إلا أن ينحل ولده الصغير الذي لم يبلغ أن يحوز [نحلته](4)، فيعلن بها ويشهد ، فيجوز وإن وليه الأب(5).

ومن حبس ثمرة حائطه على رجل بعينه حياته فكان يغتلها ، ثم مات المعطي وفيه ثمرة قد طابت ، فهي لورثته ، وإن لم تطب فهي لرب الحائط ، كما قال مالك فيمن حبس حائطاً على قوم معينين فكانوا يلونه ويسقونه ، فمات أحدهم بعد طيب الثمرة ، فإن نصيبه لورثته ، وإن أُبرت ولم تطب فجميع الثمرة لبقية أصحابه يقوون بها على العمل . قال : وإن لم يلوا عملها وإنما تقسم عليهم الغلة ، فنصيب الميت ها هنا لرب النخل . ثم رجع مالك فقال : بل يرد ذلك على من بقي من أصحابه .

وبهذا أخذ ابن القاسم(6) أن ذلك يرجع على من بقي منهم كان مما تنقسم غلته(7) أو كانوا يلونه بأنفسهم .

---

(1) في هـ : عثمان وابن عباس .

(2) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ط .

(3) روى عنهم ذلك في الموطأ (٢/٧٥٣ ـ ٧٥٤) كتاب الأقضية ، باب ما لا يجوز من النحل . والسنن الكبرى للبيهقي (٦/١٧٠) باب شرط القبض في الهبة .

(4) سقطت من هـ و ط .

(5) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/١٧٠) باب يقبض للطفل أبوه ، وفي لفظه يجوز إن وليها أبوه .

(6) وهو المشهور في المذهب ـ كما سيأتي ـ .

(7) في ط و هـ : غلته عليهم .

وروى الرواة كلهم عن مالك : ابـن القاسـم[١] وأشـهب وابـن وهـب وابـن نـافع وعلي والمغيرة ، أنه قال فيمن حبس على قوم بأعيانهم[٢] ما يقسم من غلـة دار أو غلـة عبد أو ثمرة[٣]: إن من مات منهم رجع نصيبه إلى الذي حبسه ؛ [لأن هـذا مما يقسـم عليـهم][٤]، وأمـا[٥] دار يسـكنونها أو عبـد يخدمـهم ، فنصيـب الميـت لباقيـهم ؛ لأن سكناهم الدار سكناً واحداً ، واستخدامهم العبد كذلك .

فثبـت الـرواة [كلهـم][٦] عن مالك على هذا ، وقاله المغـيرة[٧] علـى هـذا فيمـا يقسم وفيما لا يقسم ، على ما وصفنا ، إلا ابن القاسم فإنه أخذ برجـوع مـالك[٨] في هذا بعينه ، فقال : يرجع على من بقي ، كان مما ينقسم أو لا ينقسم ، وهذا مـا اجتمعـوا عليه[٩].

(١) في ط : وروى معه القول الأول عن مالك : أشهب . . .

(٢) في ط : والمغيرة وقالوا به في ما يقسم .

(٣) في ك : ثمرة حائط .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٥) في ق و ط قالوا : وأما .

(٦) سقطت من ط .

(٧) أفرد المغيرة هنا بالذكر مع أن قوله مثل قول بقية الرواة ، قيـل : لأهميتـه ، وقيـل : لكونـه مدنياً ، وقيل : لأنه فُهم عنه الخلاف فأفرده لرفع الإيهام . انظر : التقييد (١٦٦/٦) .

(٨) وقول مالك الذي رجع إليـه واختـاره ابـن القاسـم هـو المشـهور ، قـال سـحنون في المدونـة : ومـا اجتمعوا عليه (مالك وابـن القاسـم) أصـح ـ إن شـاء الله ـ . انظـر : المدونـة (١١١/٦) ، البيـان والتحصيل (١٨٧/١٢)، منح الجليل (١٤٠/٨) .

(٩) قوله : « وهذا ما اجتمعوا عليه » هذا لا يفيد ما يفيده لفظ المدونة ، ففيـها : « ومـا اجتمعـوا عليـه أصح » أي أظهر حجة ، وقد عبر عنه البراذعي علـى هـذا النحـو الـذي لا تفيـده عبـارة المدونـة ، لذلك قال الزرويلي : فينبغي أن يتعقب على أبي سعيد . انظر : التقييد (١٦٦/٦) .

فإن مات منهم ميت والثمرة قد أبرت ، فحقه فيها ثابت ، قاله غير واحد من الرواة[1].

[فيمن أسكن رجلاً داراً سنين على أن عليه مرمتها]

ومن أسكن رجلاً داراً سنين مسماة ، أو حياته على أن عليه مرمتها ، لم يجز ، وهو كراء مجهول .

وأما إن أعطاه رقبتها على أن ينفق على ربها حياته فهو بيع فاسد ، والغلة للمعطي بالضمان ، وترد الدار على ربها ويتبعه بما أنفق عليه .

تم الكتاب بحمد الله وعونه

* * *

* *

*

---

(١) هذا قول ثالث في مسألة الحائط ، وهو أنه إن مات أحدهم بعد التأبير فحقه ثابت لورثته ، كما لو مات بعد الطيب . وقد تقدم معنا القول الأول وهو أنه إن كان بقية أصحابه يلون سقي الحائط والعمل فيه ، فإن نصيبه لأصحابه ، وإلا فنصيبه لرب النخل المحبس ، وهي الرواية الأولى عن مالك . والقول الثاني : أن نصيبه لبقية أصحابه مطلقاً ، أي سواء كانوا يعملون فيه ويلونه أم لا . وهو الرواية الأخيرة لمالك التي رجع إليها ، واختارها ابن القاسم ، وهي المعتمدة ـ كما سبق ـ . انظر : المدونة (٦/١٠٠)، منح الجليل (٨/١٤٠)، البيان والتحصيل (١٢/١٨٧).

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الصدقة[1] ﴾

[في قبض الصدقة]

[2] ومن تصدق على رجل بدار ، فلم يقبضها المعطى حتى باعها المعطي ، فإن علم المعطى بالصدقة فلم يقبضها حتى بيعت ، تم البيع وكان الثمن للمعطى[3] ، وإن لم يعلم فله نقض البيع في حياة البائع[4] وأخذها ، فإن مات المعطي قبل أن يقبضها المعطى فلا شيء له[5] ، بيعت أو لم تبع .

قال أشهب[6]: إن خرجت من ملك المعطي بوجه ما وحيزت عليه ، فليس

---

(١) الصدقة هي : تمليك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٥٩٨) .

(٢) في ط : قال مالك ـ رحمه الله ـ .

(٣) رويت في المدونة بفتح الطاء (اسم مفعول) وكسرها (اسم فاعل)، ولأجله حصل الخلاف ، هل الثمن في هذه الحالة يكون للمعطي أو للمعطى ، فبالأول قال مطرف ، قال الدردير : وهو الراجح ، وبالثاني قال أشهب : وإلى هذا أشار خليل بقوله : « لا إن باع واهب قبل علم الموهوب ، وإلا فالثمن للمعطى ـ رويت بفتح الطاء وكسرها » . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١٠٣/٤) ، منح الجليل (١٨٦/٨) ، مختصر خليل (٢٣١) .

(٤) في ط و ق : الواهب . وفي هـ : المعطي الواهب .

(٥) في هـ : له فيها .

(٦) رجح ابن المواز ومحمد بن سحنون قول أشهب هنا أن الصدقة ما دامت في يد المتصدق ولم يقبضها المتصدق عليه فإنها إن خرجت من يد المتصدق بوجه من الوجوه كأن يتصدق بها على ثان أو يبيعها فليس للمتصدق عليه الأول الذي لم يقبض أي شيء ، والمشهور في المذهب التفصيل الذي ذكره ابن القاسم . انظر : التقييد (١٦٦/٦)، منح الجليل (١٨٦/٨)، حاشية الدسوقي (١٠٣/٤).

للمعطى شيء ، وكل صدقة أو حبس أو هبة أو عطية بتلها[1] مريض[2] لرجل بعينه أو للمساكين ، فلم تخرج من يده حتى مات ، فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه ؛ لأن حكم ذلك وحكم ما أعتق الإيقاف ليصح المريض فيتم ذلك أو يموت ، فيكون في الثلث ، ولا يتم فيه للقابض في المرض قبض . ولو قبضه كان للورثة إيقافه ، وليس لمن قبضه أكل غلته[3] إن كانت له ، ولا أكله إن كان مما يؤكل ، ولا رجوع للمريض فيه ؛ لأنه بتل بخلاف الوصية ، ولا يتعجل الموهوب[4] قبضه إلا على أحد قولي مالك[5] في المريض له مال مأمون ، فينفذ ما بتل من عتق أو غيره .

[فيمن تصدق على ابنه الصغير بجارية]

ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه ، فلا بأس أن يقومها على نفسه ، ويشهد ويستقضى للابن .

[في الأكل من ثمن الصدقة والانتفاع بها]

ومن تصدق على أجنبي بصدقة ، لم يجز له أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها ولا ينتفع بشيء منها[6] .

---

(١) بتلها : أن قطعها من ماله وميزها ، وقد تقدم شرحها .

(٢) في ك : رجل مريض .

(٣) في ط : غلة .

(٤) في ك : الموهوب له .

(٥) انظر قولي مالك والراجح منهما في كتاب العتق (٢/٤٨٨) . ويريد بالمال المأمون : الدور والأرضين . انظر : التقييد (٦/١٦٧) .

(٦) في ك : من ثمنها .

وأما الأب والأم إذا احتاجا ، أُنفق عليهما مما تصدقا [به][1] على الولد . ولا يشتري الرجل صدقته من المتصدق عليه ولا من غيره .

[في حيازة الصدقة والهبة ووضعها على يد غير الموهوب له والإشهاد فيها]

وإن تصدقت على رجل بدراهم وجعلتها على يدي غيره ، والموهوب له حاضر عالم جائز الأمر ، فلم يقم [ولا قبض][2] حتى مت أنت ، فذلك نافذ إن لم تكن أنت نهيت الذي هي على يديه عن دفعها إليه إلا بأمرك . فإن كنت نهيته فذلك لورثتك[3] ، وإن لم تنهه فللمعطى أخذها بعد موتك[4] ؛ لأنه إنما تركها في يدي رجل قد حازها له ، ولو شاء أخذها منه في حياتك ولا رجوع لك فيها ، ولو دفعت في الصحة مالاً لمن يفرقه في الفقراء وفي السبيل ثم مت قبل إنفاذه ، فإن كنت أشهدت فإنه ينفذ ما فات وما بقي وهي من رأس المال . وإن لم تشهد فالباقي لورثتك ، وإن فرق باقيه بعد موتك ضمن البقية لورثتك .

وما اشترى الرجل من هدية لأهله في سفره من كسوة ونحوها ، ثم مات قبل أن يصل إلى بلده ، فإن كان أشهد على ذلك فهو لمن اشتراه له ، وإن لم يشهد فهو ميراث . وإن بعث [رجل][5] بهدية أو صلة لرجل غائب ، ثم مات المعطي أو المعطى قبل

(١) سقطت من ق و ط .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) في ط : نهيته عن دفعها إليه إلا بأمرك فهي لورثتك .

(٤) في ك و هـ : بعد موتك وفي حياتك .

(٥) سقطت من ك و هـ .

وصولها ، فإن كان أشهد فهي للمعطى أو لورثته ، وإن لم يشهد فهي للذي أعطى أو لورثته .

[فيمن تصدق بحائط على رجل فزعم أنه لم يتصدق بثمرها أو استثناها]

ومن تصدق بحائط على رجل وفيه ثمرة فزعم أنه لم يتصدق عليه بثمرها ، فإن كانت الثمرة يوم الصدقة لم تؤبّر فهي للمعطى ، وإن كانت مأبورة فهي للمعطي ، ويقبل قوله ولا يمين عليه ، وكذلك الهبة .

قال : ويحوز[1] المعطى الرقاب ، والسقي على المعطي ، لمكان ثمرته ، [و][2] يتولى ذلك المعطى[3] فيتم[4] الحوز .

ومن وهب لرجل نخلاً واستثنى ثمرتها لنفسه عشر سنين ، فإن كان الموهوب له يسقيها بمائه[5] لم يجز ، وهو غرر .

وقد قال مالك[6] فيمن دفع فرسه إلى رجل يغزو عليه سنتين أو ثلاثاً وينفق عليه المدفوع إليه الفرس من عنده ثم هو للمدفوع إليه الفرس بعد الأجل ، واشترط عليه أن

---

(١) في ق و ط : يجوز .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) أي يتولى العقد والنظر ، وأما الأجرة فعلى المعطي ، وقوله : ويحوز المعطى الرقاب . . إلخ المسألة ليست في كتاب الصدقات والهبة من المدونة . وإنما هي في كتاب الرهون فنقلها البراذعي إلى هنا ؛ لأنه مكانها الأنسب .

(٤) في ط : ليتم .

(٥) في ق و ك : بماله .

(٦) هذه المسألة ساقها هنا دليلاً على المسألة التي قبلها . انظر : التقييد (٦/١٦٩)، المدونة (٦/١١٦).

لا يبيعه قبل الأجل : [إنه لا خير فيه ؛ إذ قد يهلك الفرس قبل الأجل][1] فتذهب نفقته باطلاً ، فهو غرر .

قال ابن القاسم : ولو كانت النخل بيد الواهب يسقيها ويقوم عليها جاز ، وكأنه وهبها له بعد عشر سنين ، فإن سلمت النخل إلى ذلك الأجل ولم يمت ربها ولم يلحقه دين فله أخذها ، وإن مات ربها أو لحقه دين فلا حق له فيها .

قال أشهب في الفرس إن شرطه[2]: ليس مما يبطل العطية ، وهو كمن أعاره لرجل يركبه سنة ثم هو لفلان فترك المعار عاريته لصاحب البتل أنه يتعجل قبضه فإذا [جعله عارية له و][3] كان مرجعه إليه من نفسه كان أحرى[4] أن يتعجله ويزول الخطر .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) الشرط : يريد شرط صاحب الفرس على الموهوب له أن لا يبيعه قبل الأجل ، وكونه لا يبطل العطية خلافاً لما تقرر عن ابن القاسم ، ووجه قول أشهب أن صاحب الفرس قد أسلم المنافع التي فيه ، فكان للمبتل له قبضه الآن ، وإن كان قد شرط بقاء الرقبة على ملكه إلى أجل فإن ذلك أمر خفيف ليس من شأنه أن يبطل العطية ، وقد رأيت قياسه هنا على العارية ، أما وجه قول مالك وابن القاسم فهو ما ذكره هنا من الجهالة والغرر ، وقولهما هو الذي عليه المذهب ، وعليه مشى خليل في مختصره ، ولم يشر إلى قول أشهب ، حيث قال عاطفاً على ما لا يجوز في الهبة : « كهبة نخل واستثناء ثمرتها سنين ، والسقي على الموهوب له ، أو فرس لمن يغزو سنين وينفق عليه المدفوع له ، ولا يبيعه لبعد الأجل » . قال عليش معلقاً على قول خليل هنا : أي فلا يجوز للغرر ؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه . انظر : مختصر خليل (٢٣٩ ـ ٢٤٠) ، منح الجليل (٢٠٤/٨)، التقييد (١٧٠/٦) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ط و هـ .

(٤) في ط : أحق .

[فيما يجوز من فعل ذات الزوج في مالها]

[1] وإذا تزوجت الجارية ولم تدخل بيتها فلا يجوز عتقها ولا صدقتها[2] في ثلث ولا غيره حتى تدخل بيتها وتكون رشيدة ، فذلك لها حينئذ في ثلثها ، وليس بعد الدخول حد مؤقت يجوز إليه صنيعها ، وحدها الدخول إن كانت مصلحة .

قال ربيعة[3]: ثم لها رد ما أعطت قبل جواز أمرها .

تم الكتاب بحمد الله وقوته

* * *

* *

*

---

(١) تقدمت هذه المسألة مفصلة في كتاب الحمالة .

(٢) وردت هذه العبارة في ك على النحو التالي : وإذا تزوجت الجارية ولم يدخل بها فلا يجوز عتقها .

(٣) قول ربيعة هنا هو المذهب ، قال اللخمي : وإن طال زمان ذلك . انظر : التقييد (١٧٠/٦) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الهبة[1] ﴾

[في هبة الرجل من مال ابنه الصغير ، والصدقة بشقص داره]

ومن وهب من مال ابنه [الصغير][2] شيئاً ، لم يجز ، فإن تلفت الهبة ضمنها الأب .

ومن تصدق على رجل أو وهبه شقصاً[3] له في دار أو عبد ، فذلك جائز ، ويحل المعطى فيه[4] محله ، فيكون ذلك حوزاً .

[فيمن وهب رجلاً أقساط زيت]

وإن وهبت رجلاً عشرة أقساط زيت من زيت جلجلانك هذا ، جاز ذلك كهبتك له ثمرة نخلك قابلاً ويلزمك عصره . ولا ينبغي أن تعطيه من زيت غيره مثله لخوف التأخير في طعام بمثله ، ولعل الجلجلان الذي وهبته من زيته يهلك قبل ذلك فتكون قد أعطيته زيتك[5] باطلاً .

---

(١) الهبة هي : تمليك ذي منفعة لوجه المعطى من غير عوض . فالفرق بينها وبين الصدقة هو أن الصدقة لوجه الله ، والهبة لوجه المعطى له . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٥٩٧) .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ز : نصفاً .

(٤) سقطت من ك .

(٥) في ق : زيتاً .

[في الشهادة على الهبة وكتابتها والغرر فيها وإرثها وتخصيص بعض الورثة بها]

ربيعة[1]: ومن قال : [اشهدوا][2] أن لفلان في مـالي صدقة مائة دينار ، لزمه ذلك إن حملها ماله ، وإلا لم يتبع بما عجز .

ورأى ابن شهاب[3] أن من وهب لرجل[4] من عطائه وكتب له به كتاباً ، فلا رجوع له فيما أعطى ، ومن وهب لرجل نصيباً من دار ولم يسمه ، [قيل للواهب : أقر بما شئت مما يكون نصيباً][5].

وإن وهبه مورثه من فلان وهو لا يدري كم هو ربع أو سدس أو وهبه نصيبه من دار أو جدار ، ولا يدري كم ذلك ، فهو جائز .

والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز ، لا في البيع .

وإذا وهبت دينك لأحد ورثة غريمك ، كان له دونهم .

وإن وهبت هبة لحر أو عبد فلم يقبض حتى مات ، فلورثة الحر وسيد العبد قبضها ، وليس لك أن تمتنع من ذلك .

[فيمن وهب عبداً مأذوناً قد اغترقه الدين أو تصدق به وقد جنى جناية]

ومن وهب عبداً له مأذوناً قد اغترقه الدين ، جاز ، ويجوز بيعه إياه إذا تبين أن عليه ديناً .

---

(١) في هـ : مالك . بدل ربيعة . وقول ربيعة هنا هو المذهب . انظر : منح الجليل (١٨٤/٨) .

(٢) سقطت من ز .

(٣) قول ابن شهاب ساقه دليلاً على قول ربيعة . انظر : المدونة (١١٩/٦)، التقييد (١٧١/٦) .

(٤) في ق : من وهب له رجل .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

ومن باع عبداً له ، أو وهبه ، أو تصدق به بعد أن جنى جناية وهو بجنايته عالم ، لم يجز ذلك إلا أن يتحمل الجناية ، فإن أبى حلف ما أراد حملها ورد ، وكانت الجناية أولى به في رقبته .

[فيمن باع عبداً بيعاً فاسداً أو رهنه ثم وهبه ، ورهن المغصوب أو المؤاجر أو المعار]

ومن باع عبده بيعاً فاسداً ، ثم وهبه لرجل قبل تغيره في سوق أو بدن ، جازت الهبة إن قام بها الموهوب ، ويرد البائع الثمن ، ولو مات الواهب قبل تغير سوقه وقبل قبض الموهوب إياه ، بطلت هبته ، ولو وهبه بعد تغيره في سوق أو بدن[1] ، لم تجز الهبة ؛ لأنه لزم المبتاع بقيمته .

وكذلك إن أعتقه قبل تغيره في سوق أو بدن ، جاز عتقه إذا ردّ الثمن ؛ لأن البيع بينهما مفسوخ ما لم يفت العبد .

وإن وهبت لرجل عبداً قد رهنته ، جاز ، ويقضى له عليك بافتكاكه إن كان لك مال ، وإن لم يقم عليك حتى فديته ، فله أخذه ما لم تمت أنت فتبطل الهبة ، وليس قبض المرتهن قبضاً للموهوب له إن مات الواهب ؛ لأن للمرتهن حقاً في رقبة العبد بخلاف المخدم ، وإن وهبته عبدك المغصوب ، جاز ذلك إن قبضه قبل موتك ، وليس حوز الغاصب حوزاً للموهوب .

---

(١) في هـ و ك و ز : ولو وهبه بعد تغير سوقه لم تجز .

[قلت][1]: ولِـمَ والهبة ليست في يد الواهب ؟ قال : لأن الغاصب لم يقبض للموهوب له ، ولم يأمره الواهب أن يحوزها الموهوب له ، فيحوزها إن[2] كان غائباً ، وإن كان الموهوب له حاضراً غير سفيه وأمر الواهب رجلاً يقبض له [ذلك][3] ويحوزه له ، لم يجز هذا ، فالغاصب ليس بحائز . وكذلك خليفتك على دار ليس حوزه حوزاً للموهوب له .

ولو وهبته عبداً وأجّرته[4] من رجل ، فليس حوز المستأجر حوزاً للموهوب له[5] إلا أن يسلم[6] إليه إجارته معه ، فيتم الحوز .

وأما العبد المخدم أو المعار إلى أجل ، فقبض المستعير والمخدم له قبض للموهوب ، وهو في رأس المال إن مات الواهب قبل ذلك .

[في الهبة بين المسلم والذمي]

ويقضى بين المسلم والذمي في هبة أحدهما للآخر بحكم المسلمين ، وإن كانا ذميين فامتنع الواهب من دفع الهبة لم أعرض لهما ، وليس هذا من التظالم الذي أمنعهم منه .

---

(١) سقطت من بقية النسخ عدا ق .

(٢) في ز : فيجوز . وفي هـ : فيجوز ذلك . وفي ق : فيحوز .

(٣) سقطت من ق و ز .

(٤) في ك : قد أجزته .

(٥) سقطت من هـ و ز و ط .

(٦) في ز : أن يعلم .

[في هبة ما فيه غرر ، والحوز فيه]

ولا بأس بهبة ما لم يبد صلاحه من زرع أو ثمر ، أو ما تلد أمته أو غنمه ، أو ما في ضروعها من لبن أو ما على ظهورها من صوف أو ثمر قد طاب في شجره ، والحوز في ذلك كله حوز الأرض أو رقاب النخل أو الأمهات ، وعلى الواهب تسليم ذلك إليه بالقضاء والسقي فيما[1] يسقى على الموهوب ، وحيازة من أسكنته أو أخدمته حوز للدار أو العبد .

ومن وهب لرجل ما تلد أمته أو ثمر نخله عشرين سنة ، جاز ذلك إذا حاز الأصل[2] أو الأمة ، أو حاز ذلك أجنبي ، وإن لم يخرج ذلك من يده حتى مات ، بطل ، ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة بينة لحوزه في حبس ، أو رهن ، أو هبة ، أو صدقة .

[في حيازة الهبة وقبضها وبمَ يكون ذلك]

ولو أقر المعطي في صحته أن[3] المعطى قد حاز وقبض ، وشهدت عليه بإقراره بينة ، ثم مات ، لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز .

قال ابن القاسم : ومن وهب عبداً لابنه الصغير ولأجنبي ، فلم يقبض الأجنبي حتى مات الواهب ، فذلك كله باطل ، كقول مالك فيمن حبس على ولده الصغار والكبار فمات قبل أن يقبض الكبار : إنه يبطل كله ، بخلاف ما حبس عليهم وهم صغار كلهم ، هذا إن مات كان الحبس لهم جائزاً .

---

(١) في ز : مما .

(٢) في ك و هـ و ز : حوَّزه الأصول .

(٣) في ز : إلى .

وروى ابن نافع وعلي عن مالك[1] فيمن تصدق على ولده الصغير مع كبير أو أجنبي ، أن نصيب الصغار جائز ويبطل ما سواه ، ولو كان حبساً بطل جميع الحبس ؛ لأنه لا يقسم أصله . والصدقة يملكونها وتقسم بينهم ، وقد حازها للصغير من يحوز حوزه .

ومن وهبك ديناً له عليك فقولك : قد قبلت ، قبض[2] ، فإذا قبلت سقط ، وإن قلت : لا أقبل ، [سقطت الهبة و][3] بقي الدين بحاله ، وإن كان الدين على غيرك فوهبه لك ، فإن أشهد لك وجمع بينك وبين غريمه ، ودفع إليك ذكر الحق إن كان عنده ، فهذا قبض ، وإن لم يكن كتب عليه ذكر حق فأشهد لك وأحالك عليه ، كان ذلك قبضاً ، وكذلك إن أحالك [به][4] عليه في غيبته فأشهد لك وقبضت ذكر الحق ، فهكذا قبض الديون .

ومن تصدق عليه[5] رجل بأرض ، فقَبْضُها حيازتها ، فإن كان لها وجه تحاز به من كراء يكريه ، أو حرث يحرثه ، أو غلق يغلق عليها ، فإن أمكنه شيء من

---

(١) وهناك رواية أخرى عن مالك في الموازية أنه إذا كان الأب حاز الهبة لابنه الصغير بأن أبرزها حتى عرفت ومنع نفسه من منافعها جاز نصيب الابن دون نصيب الأجنبي أو الكبير الذي لم يجز . وصنيع الزرويلي يدل على ترجيح هذا التفصيل ، ويفهم من كلام عليش أن المشهور بطلان الصدقة كلها على الصغير والكبير ، كما هو مذهب ابن القاسم تخريجاً على قول مالك في الحبس . انظر : التقييد (١٧٥/٦)، منح الجليل (١٢٦/٨) .

(٢) في ز و ق : قبضاً .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ و ط .

(٤) سقطت من ق .

(٥) في ز و هـ : على .

ذلك فلم يفعله حتى مات المعطي ، فلا شيء له ، وإن كانت أرضاً قفاراً مما لا تحاز بغلق ، ولا فيها كراء يكرى ، ولا أتى لها إبان تزرع فيه ، أو تمنح ، أو يحوزها بوجه يعرف حتى مات المعطي ، فهي نافذة للمعطى ، وحوز هذه [الأرض][1] الإشهاد .

وإن كانت داراً حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات المعطي ، بطلت ، وإن لم يفرط ؛ لأن لها وجهاً تحاز به . وإذا قلت في الأرض الغائبة : قد قبلت وقبضت ، لم يكن ذلك حوزاً ، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز ، إلا أن يكون له في يديك أرض ، أو دار ، أو رقيق بكراء ، أو عارية ، أو وديعة وذلك ببلد آخر ، فوهبك ذلك ، فإن قولك : قبلت ، حوز ، وإن لم تقل : قبلت ، حتى مات الواهب ، فذلك لورثته .

وقال غيره[2]: ذلك حوز لمن ذلك[3] في يديه .

[القول في هبة الثواب][4]

والواهب إذا اشترط الثواب ، أو رُئي[5] أنه أراد الثواب فلم يثب ، فله أخذ هبته

(١) سقطت من ك و ز و هـ .

(٢) الغير هنا يريد به أشهب الذي لم يشترط قول من بيده شيئاً إذا وهب له : قبلت ، لتصح الهبة ، والمشهور في المذهب قول ابن القاسم أنه يشترط لصحة الهبة قوله : قبلت ، وإلى ذلك أشار خليل بقوله في مختصره : « أو وهب لمودَع ولم يقبل » ، قال عليش : أي ولم يقبل المودَع الموهوب له الهبة بان لم يقل : قبلت ، بطلت الهبة بموت الواهب ، فإن قبلها قبل موته تمت لصحة حوزه بعد قبولها . انظر : مختصر خليل (٢٣٩)، منح الجليل (١٨٧/٨) .

(٣) في هـ : كان .

(٤) قال ابن عرفة : هبة الثواب : عطية قصد بها عوض مالي. انظر : شرح حدود ابن عرفة (٦٠٥).

(٥) في ك : درى .

إن لم تتغير في بدنها[1] بنماء أو نقصان ، والهبة في هذا الوجه بخلاف البيع[2] ، وكذلك إن أثابه أقل من قيمتها ، فإما رضي الواهب بذلك أو أخذها إن كانت قائمة ، ولا يجبر الموهوب على ثواب إذا لم تتغير الهبة عنده ، إلا أن يرضى بدفع قيمتها ، فيلزم الواهب أخذها ، ولا كلام له في الهبة ، وإن فاتت [الهبة][3] عند الموهوب بزيادة بدن أو نقصان ، لزمته قيمتها . قال عمر بن عبد العزيز وغيره : يوم قبضها[4] .

---

(١) في ز : يديه .

(٢) قوله : بخلاف البيع ، قيل : معناه أن الهبة - هنا - الواهب فيها بالخيار في تركها وأخذها ما لم تفت ، بخلاف البيع فإنه على اللزوم ، وقيل : معناه أنها خلاف البيع الذي لا يجوز على ثمن مجهول . والهبة تجوز على ذلك . انظر : التقييد (٦/٧٦).

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ز و هـ : يوم وهبها . وكذلك في نسخة الزرويلي التي عليها شرح التقييد ، قال الزرويلي : وفي بعض النسخ (يوم قبضها) ، وفي كتاب الشفعة لابن القاسم : يوم قبضها . وفي كتب محمد : يوم وهبت . وقال : يوم قبضت .

قلت : وفي نسخة المدونة التي بين يدينا (ط. الساسي ١٤٢/٦) : يوم وهبها . وفي الموطأ (٧٥٤/٢) : يوم قبضها . قال ابن رشد في المقدمات : ويختلف على هذا المعنى متى تكون القيمة فيها إذا فاتت ؟ فقيل : يوم الهبة ، وهو قول مالك في سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات ، وقول ابن القاسم في سماع عيسى وأصبغ من الكتاب المذكور ، ومثله في آثار كتاب الحبس من المدونة . وقيل : يوم القبض ، وهو قول مالك في موطئه ، ومثله في كتاب الشفعة من المدونة ، والاختلاف في هذا جار على اختلافهم في الضمان ، وقد تقدم ذكر ذلك ، واختار محمد بن المواز أن تكون القيمة يوم القبض ، إلا أنه اعتل في ذلك بعلة غير صحيحة على مذهب ابن القاسم ، وروايته عن مالك ، فقال : إنه ردها بعد قبضها مالم تفت ، فيلزم على تعليله أن تكون القيمة عليه فيها يوم الفوت ، وهذا ما لم يقولوه ولا يوجد لهم ، ولو قيل =

قال ابن القاسم : وليس للموهوب ردها في الزيادة إلا أن يرضى الواهب ، ولا للواهب أخذها في نقص البدن إلا أن يرضى الموهوب .

[قال ابن القاسم :][1] ولا يفيتها[2] عند الموهوب حوالة سوق[3].

[[قال ابن وهب :][4] قال مالك ـ رحمه الله ـ : وله أن يمسكها أو يردها][5].

[قال عنه ابن القاسم :][6] وإذا عوض الموهوب للواهب أقل من قيمة الهبة ، ثم قام الواهب بعد ذلك يطلب[7] ، فليحلف بالله ما قبل ذلك ، ولا سكت إلا انتظاراً

= لكان له وجه ، وهو القياس على الذي يشتري السلعة على أنه فيها بالخيار ، وإنما يستقيم قول ابن المواز على قياس رواية ابن الماجشون عن مالك في أن القيمة تلزم الموهوب له بقبض الهبة ، ويلزم الواهب أخذها ولا ترجع إلى الواهب إلا برضاهما جميعاً ، ووجه هذه الرواية أن الواهب لما دفع الهبة وقد كان من حقه ألا يدفعها حتى يثاب منها ، فقد رضي بأخذ القيمة فيها ، وإن الموهوب لما قبضها وقد كان له ألا يقبل ولا يقبض فقد رضي بدفع القيمة فيها . . . والصحيح على مذهب ابن القاسم ما روي عن عيسى وأصبغ أن القيمة تكون عليه يوم الهبة ؛ لأن مذهبه أن السلعة المبيعة تدخل بالعقد في ضمان المشتري ، وتكون مصيبتها منه إذا عرف هلاكه بالبينة . انظر : المقدمات (٢/٤٤٧ ـ ٤٤٨)، التقييد (٦/١٧٧) .

(١) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ز .

(٢) في ز : ولا بقيمتها .

(٣) وإنما يفيتها النقص أو الزيادة ـ كما تقدم ـ .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .

(٧) في ك : بطلت .

لتمام الثـواب ، ثم إمـا أتم لـه الموهـوب القيمـة ، وإمـا رد الهبـة إن لم تفـت[1] ، وأخـذ عوضه .

ومن تصدق بصدقة على ثواب فهي كالهبة .

ومن وهب لرجل ديناً له على آخر لغير ثواب ، جاز ، ولا رجـوع لـه فيـه ، وإن وهبه إياه لثواب لم يجز أن يثيبه إلا يداً بيد .

[في الهبة للحاضر والغائب والشرط فيها ، وبم تكون الحيازة]

ومن وهب لحاضر وغائب أرضاً ، فقبض الحاضر جميعـها ، فقبضـه حـوز للغـائب وإن لم يعلم ولا وكله .

وكذلـك إن وهـب لغـائب ، أو تصـدق عليـه بشـيء فأخرجـه مـن يـده وجعـل مـن يحـوزه لـه حـتى يقـدم[2] فيـأخذه ، فذلـك نـافذ . ألا تـرى أن أحبـــاس السـلف كان قابضها يجوز قبضه علـى الغـائب والحـاضر الكبـير المـالك لأمـره ، وعلـى الصغير ومن لم يولد بعد ، قيل : فالعبيد ، والحيوان ، والعروض ، والحلي كيف يكون قبضه ؟ قال : بالحيازة .

قال ابن القاسم : ومـن وهـب لصغـير هبـة ، وجعـل مـن يحوزهـا لـه إلى أن يبلـغ وترضى حاله فتدفع إليه وأشهد له بذلك ، فذلـك حـوز ، وإن كـان لـه أب أو وصـي حاضر ، فإذا بلغ فله أن يقبض .

وأما إن وهب لحاضر غير صغير ولا سفيه ولا عبد ، وجعل من يحوز لـه ، وأمـره أن لا يدفعها إليه ، لم تكن هذه حيازة إن لم يقبضها الموهوب حتى مات الواهب ؛ لأن

---

(١) في ز : يثب .

(٢) في ز : يقوم .

الموهوب له جائز الأمر وهو حاضر ، فلم يسلمها إليه ، فعلى أي وجه حازها هذا له ، وإلى أي أجل يدفعها إليه ؟ وهذا بخلاف الصغير ؛ لأنه أراد في الصغير ارتقاب بلوغ رشده ، أو[1] لئلا يأكله الأب ، ولا يرتقب في كبير حاضر شيئاً ، ولا يكون حوز غيره له حوزاً إلا أن يحبس عليه غلة نخل ، ويجعل ذلك بيد من يجري عليه الغلة ويتولاه ، فذلك جائز .

وكذلك كانت أحباس الماضين .

وقال غيره[2]: الصغير والسفيه لهما وقت يقبضان إليه [الهبة][3]، وهو البلوغ في الصغير مع حسن الحال ، وحسن الحال في السفيه وهذا البالغ الذي أعطي عطية ، تكون له مالاً تراثاً[4] لما منع من قبضها لغير شيء عقده فيها [مما مثله يعقد في الصدقات][5]، يدل على أنه لم يرد أن يبتلها له ويعطيه إياها .

ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب ، لم يجز ، إلا أن يكون سفيهاً أو صغيراً فيشترط ذلك عليه مادام في ولاية ، فيجوز .

وإن اشترط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز ، كان ولداً للواهب أو أجنبياً ، ولا تكون الأم حائزة لما وهبت لصغار بنيها وإن أشهدت ، ولا لما[6] تصدقت به

---

(١) في ز : و .

(٢) القائل هنا هو سحنون ، وكلامه هنا ساقه دليلاً وتقريراً لقول ابن القاسم الذي قبله . انظر : المدونة (١٣١/٦) .

(٣) سقطت من ق .

(٤) في ك و ز : ثواباً .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) في ق : بما .

عليهم ، بخلاف الأب ، إلا أن تكون وصية[1] للوالد[2] أو وصية وصي للوالـد ، فيتـم حوزها لهم ولابنتها البكر وإن حاضت ، والأب يحوز لصغار ولده ولمن بلغ مـن أبكـار بناته ما وهبهم هو وأشهد [لهم][3] عليه ، ولا يزول حوزه حتى يبلغ الذكور ويدخل بالبنات أزواجهن بعد المحيض ، ويؤنس من جميعهم مع ذلـك رشـد ، فـإن مـات الأب قبل رشدهم ، فذلك لهم نافذ ، وإن بلغوا مبلغـاً تجـوز حيـازتهم فلـم يقبضـوا[4] حتى مات الأب ، بطلت هبة الأب من ذلك .

وليس للابنة وإن ولـدت أولاداً وهـي سـفيهة ، ولا للابـن البـالغ السـفيه ، حـوز ولا أمر ، وكذلك إن كانت الابنة بالغة مرضية ، لم تبرز إلى زوجها ، وذلك إلى الأب والوصي .

ومن وهب لابنه الصغير - وهو عبد لرجل[5]- هبة وأشهد ، لم يكن حائزاً له ؛ لأن سيده يحوز ماله دون الأب ، فإن جعل الأب هذه الهبة بيد أجنبي يحوزها للصبي ، جاز ذلك ، وكان حوزاً رضي سيده أو كره .

وما وهب الزوج لزوجته [البكر][6] قبل البناء ، أو تصـدق بـه عليـها وأشـهد ، ولم يخرج ذلك من يده حتى مات ، فليس ذلك لها بحوز ، إلا أن يجعله بيـد مـن يحـوزه لها ، وكذلك بعد دخوله بها وهي سفيهة أو مجنونة .

---

(١) في ز : وليته .

(٢) في ك : للولد .

(٣) سقطت من ق و ز .

(٤) في ك و هـ : ولم يحوزوا . وفي ز : ولم يقبضوا ذلك .

(٥) في جميع النسخ عدا ق : الصغير العبد هبة .

(٦) سقطت من ز .

ولا يكون واهب حائزاً للموهوب إلا والد ، أو وصي ، أو من يجوز أمره عليه .

والزوج لا يجوز أمره عليها ولا بيعه ما لها ، وأبوها : الحائز [لها][1] وإن دخل بها زوجها ، مادامت سفيهة وفي حال لا يجوز لها أمر .

[القول في الاعتصار[2]]

وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه ، أو ولدها الكبار ، إلا أن ينكحوا أو يتداينوا ، فإن لم يكن للصغير أب حين وهبته أو نحلته ، فليس لها أن تعتصر ؛ لأنه يتيم ولا يعتصر من يتيم ، وتعد كالصدقة عليه .

وإن وهبتهم وهم صغار لا أب لهم ثم بلغوا ولم يحدثوا في الهبة شيئاً ، فليس لها أن تعتصر ؛ لأنها وهبت في حال اليتم ، [وهي بمنزلة الصدقة][3].

[4] وإن وهبتهم وهم صغار والأب مجنون جنوناً مطبقاً ، فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها .

وللأب اعتصار ما وهب أو نحل لبنيه الصغار والكبار ، وكذلك إن بلغ الصغار ما لم ينكحوا ، [أو يحدثوا ديناً][5]، أو يحدثوا في الهبة حدثاً ، أو تتغير الهبة عن حالها .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) الاعتصار عرّفه ابن عرفة بقوله : « هو ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطى » ، وقال عليش : « هو أخذ الهبة بلا عوض من ولده » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٦٠٥)، منح الجليل (٨/٢٠٥) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ك .

(٤) في ك : قال ابن القاسم .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

وللأب أن يعتصر من الأصاغر وإن لم تكن لهم أم ؛ لأن اليتم من قبل الأب .

ولو وهب لولده الكبير أمة فقبضها الولد ، ثم وطئها ، لم يكن للأب أن يعتصرها بعد الوطء . ولا يعتصر الأب ما وهب أجنبي لولده .

ولا يعتصر الأبوان ما تصدقا به على [ولدهما][1]، صغيراً كان أو كبيراً .

وأما الهبة ، والعطية ، والعُمر[2]، والنحل[3]، فلهما الاعتصار في ذلك .

وأما الحبس فإن كان بمعنى الصدقة لم يُعتصر ، وإن كان بمعنى الهبة ، يكون سكنى أو عمرى إلى شهر أو شهرين ، ثم مرجعهما إليه ، فإنه يعتصر .

وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن نحل ابنه أو ابنته بعد أن نكحا ، أن له أن يعتصر ، إلا أن يتداينا أو يموتا[4].

[قال - أيضاً - عمر بن عبد العزيز : ما وهب الأب لابنه أو لابنته ، فله أن يعتصر ذلك ما لم ينكحا أو يموتا][5][6].

---

(١) سقطت من ز و هـ .

(٢) العُمر بضم العين : ما وهبت منفعته لشخص مادام حياً . وقد عرّفه ابن عرفة بقوله : العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاءً . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٥٩٤)، منح الجليل (٨/٢٠١) .

(٣) النحل : العطية عن طيب نفس ، وهي أخص من مطلق العطية التي قد تكون عن طيب نفس وقد لا تكون ، وكذلك الهبة . انظر : المصباح (٥٩٥) .

(٤) انظر : المدونة (٦/١٣٦ - ١٣٧)، الموطأ (٢/٧٥٥)، باب الاعتصار في الصدقة .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا هـ .

(٦) انظر : المدونة (٦/١٣٦ - ١٣٧)، الموطأ (٢/٧٥٥)، باب الاعتصار في الصدقة .

قال ربيعة ومالك : ولا يعتصر الصدقة من ابنه وإن عقه[1].

وليس لغير الأبوين أن يعتصر هبة ، لا جد ، ولا جدة ، ولا غيرهما ، إلا الأبوان من الولد .

قال ربيعة : وليس للولد أن يعتصر من والده شيئاً[2].

[القول في الهبة يقبضها الموهوب بغير أمر الواهب ، وذكر الثواب والعوض[3]]

ومن وهب لرجل هبة لغير ثواب فقبضها الموهوب بغير أمر الواهب ، جاز قبضه ، إذ يقضى على الواهب بذلك إذا منعه إياها ، فأما هبة الثواب ، فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع ، ولو قبضها الموهوب قبل الثواب وقف ، فإما أثابه أو ردها . ويتلوم لهما[4] تلوماً لا يضر بهما فيه ، فإن مات الواهب للثواب والهبة بيده ، فهي نافذة كالبيع ، وللموهوب قبضها إن دفع العوض للورثة .

وإن مات الموهوب قبل أن يثيب الواهب ، فلورثته ما كان له .

ولا ثواب في هبة الدنانير والدراهم ، وإن وهبها فقير لغني ، إلا أن يشترط

(١) انظر : المدونة (١٣٦/٦ ـ ١٣٧)، الموطأ (٧٥٥/٢)، باب الاعتصار في الصدقة .

(٢) انظر : المدونة (١٣٧/٦) ، وقول ربيعة هنا هو المذهب .

(٣) أي ذكر الثواب عن الهبة والعوض عنها فيما إذا كانت الهبة للثواب ، وهبة الثواب ـ كما سبق تعريفها ـ هي : « عطية قصد بها عوض مالي » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٦٠٥) .

(٤) في باقي النسخ عدا ق : له .

الثواب ، فيثاب عرضاً أو طعاماً ، وإن وهب حلياً للثواب ، فله عوضه[1] عرضاً ، ولا يعوض عيناً ولا من حلي فضة ذهباً[2].

وإذا قدم غني من سفره فأهدى له جاره الفقير الفواكه والرطب وشبهها ، ثم قام يطلب الثواب ، فلا شيء له ، ولا له أخذ هبته وإن كانت قائمة بعينها .

ولا يقضى بين الزوجين بثواب ، ولا بين ولد ووالده ، إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم كالزوجة تهب لزوجها الموسر[3] جارية فارهة يسألها إياها لما تستجلب[4] من صلته ، أو الزوج يهبها لذلك ، والابن لما يستغزر[5] من أبيه ، فلذلك حُكم الثواب ، ولو شرطا ثواباً لزمهما .

وما وهبت لقرابتك أو ذوي رحمك[6] وعلم أنك أردت ثواباً ، فذلك لك ، إن أثابوك ، وإلا رجعت فيها .

وما علم أنه ليس للثواب كصلتك لفقيرهم وأنت غني[7]، فلا ثواب لك ولا تصدق أنك أردته ولا رجعة لك في هبتك . وكذلك هبة غني لأجنبي فقير ، أو فقير لفقير ثم يدعي أنه أراد الثواب ، فلا يصدق إذا لم يشترط في أصل الهبة ثواباً ،

---

(١) في ك : عوضاً .

(٢) في ك : أو ذهباً .

(٣) في ز : المهر .

(٤) في ك : يستحق . وفي ز : يستجر . وفي هـ : تستغزى .

(٥) المستغزر هو الذي يهب شيئاً ليرد عليه أكثر مما أعطى . القاموس (٥٧٨) .

(٦) في ق : أو ذوي محارمك . وفي هـ : بياض .

(٧) في هـ : غني عنهم .

ولا رجعة له في هبته ، وأما إن وهب فقير لغني ، أو غني لغني ، فهو مصدق أنه[1] أراد الثواب ، فإن أثابوه وإلا رجع في هبته .

وقال عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ : ومن وهب هبة يُرى أنه أراد [بها][2] الثواب ، فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها[3] ، فإن هلكت ، فله شَرْواها[4] بعد أن يحلف بالله ما وهبها إلا رجاء أن يثيبه عليها .

قال ابن القاسم : وإن وهبت [لرجل][5] [هبة][6] فعوضك ، منها فلا رجوع لأحدكما في شيء مما أعطى .

ومن وهب عبداً لرجلين ، فعوضه أحدهما من حصته ، فله الرجوع في حصة الآخر إن لم يعوضه ، كمن باع عبداً من رجلين في صفقة واحدة ، فنقده أحدهما وفلس الآخر ، كان أحق بنصيب الآخر من الغرماء ، وإذا عوض الواهب أَجْنَبيٌّ عن الموهوب بغير أمره ، لم يرجع على الواهب [له][7] به ، ولكن إن

---

(١) في ق : إنما .

(٢) سقطت من ق .

(٣) رواه مالك في الموطأ (٢/٧٥٤)، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الهبة ، والبيهقي في الكبرى (٦/١٨١) كتاب الهبات ، باب المكافأة في الهبة .

(٤) شرواها ـ بفتح الشين وسكون الراء ـ : أي مثلها ، قال الزرويلي : المراد به هنا القيمة . والشرواء إنما يقال للمثل . انظر : التقييد (٦/١٨٣) .

(٥) سقطت من ك .

(٦) سقطت من ز .

(٧) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

رئي أنه أراد ثواباً من الموهوب ، رجع عليه بقيمة العوض إلا أن يكـون العـوض دنانـير أو دراهم ، فلا يرجع عليه بشيء إلا أن يريد به سلفاً ، فله اتباعـه ، فـإن لم يـرد ثوابـاً ولا سلفاً فلا شيء له .

وباقي مسائل هذا الكتاب قد تقدمت قبل هذا[١]، وفي كتاب الاستحقاق[٢] ذكر العوض في الهبة يستحق .

* * *
* *
*

---

(١) أي في كتابي الصدقة والحبس .

(٢) سيأتي كتاب الاستحقاق في آخر هذا الجزء .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الهبات[1] ﴾

[في هبة الثواب وتغيرها والعوض منها]

قال[2]: وإذا تغيرت الهبة عند الموهوب في بدنها بزيادة أو نقصان ، لزمته قيمتها ، وليس له ردها ، ولا تفيتها حوالة الأسواق ، ومن وهبك حنطة ، فلا خير في أن[3] تعوضه بعد ذلك حنطة ، أو تمراً ، أو غيره من[4] مكيل الطعام أو موزونه ، إلا أن تعوضه قبل التفرق طعاماً من طعام ، فإنه يجوز ؛ لأن هبة الثواب بيع .

قال : إلا أن تعوضه طعاماً مثل طعامه صفة وجنساً ومقداراً ، فذلك جائز . ولا تعوضه دقيقاً من حنطة ولا من جميع الحلي [إلا][5] عرضاً . وإن وهبك ثياباً فسطاطية ، فعوضته بعد ذلك أثواباً[6] فسطاطية أكثر منها ، لم يجز . وإن وهبته داراً

---

(١) قال الزرويلي : ترجم بكتاب الهبات لهبة الثواب ، وبكتاب الهبة للهبة التي لغير ثواب ، ولو جعل كتاب الهبات للهبة لغير ثواب والتي للثواب لاجتزئ بذلك . قلت : وقد سبق تعريف هبة الثواب بأنها « عطية قصد بها عوض مالي ». انظر : التقييد (١٨٤/٦)، شرح حدود ابن عرفة (٦٠٥).

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقطت من ك و ز .

(٤) في ك و ز : مثل .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ك : بعد تغير الهبة ثياباً فسطاطبة

أو عرضاً ، فعوضك بعد تغير الهبة في بدنها سكنى دار ، أو خدمة عبد ، أو عرضاً له موصوفاً على رجل إلى أجل ، لم يجز ذلك لفسخك ما وجب لك من القيمة فيما لا تتعجله من خلافها .

ولو لم تتغير الهبة أو تغيرت بحوالة سوق فقط ، جاز ذلك إن كانت الهبة مما يسلم في ذلك العرض المؤجل ، وكأنك بعتها بذلك . وإن عوضك بعد تغير الهبة في بدنها ديناً له حل أو لم يحل ، جاز ذلك إذا كان مثل القيمة في العين والوزن ، ومثل العدد فأقل ؛ لأنها حوالة ومعروف صَنَعْتَهُ بالموهوب . وإن كان الدين المؤجل أكثر من قيمة الهبة ، لم يجز ؛ لأنك أخرته[1] بزيادة ، ولو لم تتغير الهبة ، جاز ذلك .

[في فسخ الدين بالدين وما جرى مجرى ذلك]

وقد قال مالك : افسخ ما حلّ من دينك ، فيما قد حل وفيما لم يحل ، إذا فسخته في مثل دينك من عين أو عرض[2] صفة ومقداراً . ومن لك عليه دراهم [حالة][3] ، فأحالك[4] على دنانير له على رجل ، وهي كصرف دراهمك ، وقد حلت أو لم تحل لم يجز . وكذلك لو فسخت دراهمك في طعام ولم تقبضه .

وإن كان لك عليه عرض من بيع ، أو قرض قد حل ، فلا بأس أن تفسخه في

(١) في ز : أخذته .

(٢) في ز : عوض .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : فأدّا لك بها .

عرض له على رجل آخر من بيع أو قرض إذا كان مثل عرضك الذي لـك عليـه ، وإن كان مخالفاً له ، لم يجز ؛ لأنه دين بدين ، وكذلك إن كان لك عليه طعام من قرض قد حلّ فأحالك على طعام له من قرض قد حل أو لم يحل ، جاز . وإن أحالك على طعـام له من سلـم لم يحل وهو مثل طعامك ، لم يجز ؛ لأنه يدخله بيع الطعام قبل قبضـه . وإن حـلّ أجـل الطعـامين ، جـاز . وكذلـك إن كـان[1] الـذي لـك مـن سـلم والـذي لـه [من][2] قرض قد حلا ، فلا بأس في الوجهين أن يؤخر المحال مـن أحيـل عليـه . وإن كان الطعام الذي لك من سلم ، فلا يجوز أن يحيلك على طعام له من سلم وإن حلا .

وكل دين لك من عين أو عرض ، فلك بيعه من غـير غريمـك قبـل محلـه ، أو بعـد بثمن يتعجله .

فإن كان دنانير أو دراهم ، بعته بعرض ، وإن كان عرضاً ، بعتـه بعـين أو بعـرض يخالفه نقداً .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وهذا إذا كان الذي لك عليه الدين حـاضراً مقـراً ، وإن كان لك عليه ثوب فسطاطي من بيع أو قرض إلى أجل ، فبعتـه مـن غـيره قبـل الأجـل بثوب مثلـه في صفته نقداً وأحلته[3] بـه ، فليس ببيع ، ولكنه قضاك عن الرجل على أن أحلته عليه . فإن كان النفع لك ، جاز ، وإن اغتزى[4] هو نفـع نفسـه لسـوق يرجـوه ونحوه ، لم يجز .

---

(١) في هـ : كان الدين الذي .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) في ك : أو أحلته .

(٤) اغتزى : طلب وقصد ـ كما تقدم ـ .

ولو بعته من غيره أيضاً قبل الأجل بثوب مثله إلى أجل من الآجال ، لم يجز ؛ لأنه دين بدين ، وإن كان دينك دنانير[1] فعجله لك رجل[2] على أن أحلته عليه ، لم يجز ، كان النفع ههنا له أو لك دونه ؛ لأنه بيع الذهب بالذهب إلى أجل .

قال سحنون : وقد قال ابن القاسم[3]: لا بأس بهذا إذا كانت المنفعة لقابض الدنانير ، وهو أسهل[4]- إن شاء الله - ، وهذا حسن[5].

[في هبة المأذون ومن وهب لعبده هبة فقبضها سيده وهبة الأب من مال ابنه الصغير]

وللمأذون أن يهب للثواب كالبيع ، ويقضى عليه أن يعوض من وهبه .

ومن وهب لعبد هبة فأخذها منه سيده ، قضي على العبد بقيمتها في ماله .

---

(١) قال الزرويلي : قوله : وإن كان دينك دنانير . . . إلخ المسألة ، هذا يعارض ما في السلم حيث أجاز أن يستقرض طعاماً على أن يحيله على من له عليه طعام ، ولكن لفظ المدونة في هذه المسألة : « إن أقرضته دنانير على أن يحيلك على غريم له بمثلها إلى أجل ، وإنما أردت أن يضمن لك دنانير ، قال : لا خير فيه ، كانت المنفعة للمسلف أو للآخذ » ، وإنما منع ذلك في الأمهات (المدونة) لأجل المنفعة التي قصدها الدافع نفسه . وقوله : « كانت المنفعة للمسلف أو للآخذ » أي : كانت للمسلف وحده أو للآخذ معه ، ومسالة السلم إنما النفع للقابض ، فترك أبو سعيد روح المسألة ، فيجب أن يتعقب عليه . انظر : التقييد (٨٦/٦) .

(٢) في ك : لك على رجل .

(٣) قول ابن القاسم هنا لا يخالف ما تقدم من أنه لا يجوز ؛ لأن المسلف هناك قصد المنفعة ، وهنا لم يقصدها . انظر : التقييد (١٨٦/٦) .

(٤) في ز و هـ : سهل .

(٥) في ك و هـ و ز : وهذا عندي حسن . والمثبت من ق ، وهو الموافق لنص المدونة .

وللأب أن يهب من مال ابنه الصغير للثواب ويعوض عنه واهبه للثواب ، وبيع الأب جائز على ابنه الصغير .

[في الموهوب يجد عيباً في الهبة أو الواهب يجد عيباً في العوض]

وإذا وجد الموهوب بالهبة عيباً ، فله ردها وأخذ العوض .

وإن وجد الواهب عيباً بالعوض[1] ، فإن كان عيباً فادحاً لا يتعاوض بمثله كالجذام والبرص ، فله رده وأخذ الهبة إن لم تفت ، إلا أن يعوضه ، وإن لم يكن فادحاً نظر إلى قيمته بالعيب ، فإن كان كقيمة الهبة فأكثر لم يجب له غيره ؛ لأن ما زاده على القيمة تطوع غير لازم ، وإن كان دون قيمتها فأتم له القيمة برئ .

وليس للواهب رد العوض إلا أن يأبى الموهوب أن يتم له قيمة هبته ؛ لأن كل ما عوضه مما يجري بين الناس في الأعواض لزم الواهب قبوله ، وإن كان معيباً وفيه وفاء بالقيمة ، فذلك لازم له[2] قبوله ، وإن عوضته تبناً ، أو حطباً ، لم يلزمه أخذه ، إذ ليس مما يتعاوضه الناس ، وفي كتاب الشفعة[3] مسألة من وهب شقصاً من دار للثواب ، هل فيه شفعة ؟ .

[فيمن وهب هبة لغير ثواب فامتنع من دفعها للموهوب]

ومن وهب هبة لغير الثواب ، فامتنع من دفعها ، قضي بها عليه للموهوب .

---

(١) في هـ : بالعرض .

(٢) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : وكذلك كل ما عوضه من عرض أو عين وفيه وفاء بالقيمة فذلك لازم له .

(٣) تقدم كتاب الشفعة في هذا الجزء .

ولو خاصمه فيها الموهوب في صحة الواهب ، وأقام بينة[1] ، وأوقفت الهبة والسلطان ينظر فيها حتى مات الواهب قبل قبض الموهوب ، فإنه يقضى بها للموهوب إن عُدّلت بينته ، كالمفلس يخاصمه الرجل في عين سلعته[2] ، وتوقف السلعة ثم يموت المفلس ، إن ربها أحق بها إن ثبتت ببينة .

ولو لم يقم الموهوب فيها حتى مرض الواهب ، فلا شيء له إلا أن يصح .

[فيمن لزمه دين أو ضمان من عارية مما يغاب عليه فحلف بالطلاق ليؤدينَّه ، وحلف الطالب كذلك أن قبله]

ومن لزمه دين لرجل ، أو ضمان عارية يغاب عليها ، فحلف بالطلاق ثلاثاً ليؤدين ذلك[3] ، وحلف الطالب بالطلاق ثلاثاً أن قبله ، فأما الدين فيجبر الطالب على قبضه ويحنث ، ولا يجبر في أخذ قيمة العارية ، ويحنث المستعير إن أراد ليأخذنه مني ، فإن أراد ليغرمنَّه له ، قبله أو لم يقبله ، لم يحنث واحد منهما . والفرق أن الدين لزم ذمته والعارية إنما ضمنها لغيبة أمرها ، فإنما يقضى بالقيمة[4] لمن طلبها في ظاهر الحكم وله تركها ، وقد تسقط أن لو قامت[5] بينة بهلاكها ، وفوات الهبة عند الموهوب يوجب عليه قيمتها .

والفوت فيها في العروض والحيوان خروجها من يده .

---

(١) في ق : أوقع البينة . وفي ز : ببينة . وفي هـ : ورفع البينة .

(٢) في ز : في أخذ سلعته .

(٣) في ز : ذلك إليه .

(٤) في ك و هـ : يقضي بغرم العارية .

(٥) في ك : ولو قامت .

[فيما يقع به الفوت في هبة الثواب ، وضمان الموهوب في ذلك]

وحدوث العيوب والهلاك ، وتغير الأبدان ، والعتق وشبهه ، وليس حوالة الأسواق في ذلك فوتاً[1] .

ولو باع الموهوب الهبة ثم اشتراها ، فذلك يفيتها وإن لم تحل . وولادة الأمة عند الموهوب فوت يوجب عليه قيمتها . قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -[2] : يوم الهبة .

قال ابن القاسم : وجناية العبد[3] عند الموهوب فوت ، وتلزمه القيمة ؛ [لأنه نقص دخله][4] .

قال ابن القاسم : وإن كانت الهبة عبداً بعينه بياضٌ ، أو به صمم ، فبرئ عند الموهوب وزال صممه وبياض عينه ، فذلك فوت ؛ لأنه نماء وتلزمه القيمة[5] ، والهدم والبناء في الدار والغرس في الأرض ، فوت يوجب القيمة . وليس له أن يقول : أقلع بنياني وشجري وأردها ، والبيع الحرام مثله ، وإحالتها عن حالها رضىً بالثواب .

---

(١) في ق : فوت . وفي ك : بفوت . ووردت هنا زيادة في ز ، وهي : بخلاف البيع الفاسد .

(٢) انظر : المدونة (١٤٢/٦) ، وقد تقدم عن عمر بن عبد العزيز يوم القبض ، وقد تم التعليق على هذه المسألة في ص ٣٥٠ - ٣٥١ من هذا الجزء .

(٣) في ق : جناية العبد قيمتها .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) وردت هذه العبارة في ز و هـ من قوله : قال ابن القاسم : وجناية العبد . . . إلى هنا ، على النحو التالي : قال ابن القاسم : وجنايتها فوت ؛ لأنه نقص وزوال بياض كان بعينها فوت ؛ لأنه نماء وذهاب الصمم مثله .

[قال ابن القاسم :][1] وإن وهبه ثوباً فصبغه بعصفر ، أو قطعه[2] قميصاً ولم يخطه ، فذلك فوت .

وإن[3] كان عبداً فأعتقه ، أو دبره ، أو كاتبه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، فإن كان ملياً جاز ولزمته القيمة ، وإلا منع من ذلك .

ولو كانت بدنة فقلّدها وأشعرها ولا مال له ، فللواهب أخذها ، ولو ابتاعها ففعل ذلك بها ، فإنها ترد وتحل[4] قلائدها وتباع على المشتري في الثمن ، [وبيع الهبة فوت][5].

وإن كانت داراً ، فباع نصفها ، قيل له : اغرم القيمة ، فإن أبى خُير الواهب ، فإما أخذ نصف الدار ونصف قيمتها ، وإما أخذ قيمة جميعها .

وإن كانا عبدين فباع أحدهما وأبى أن يثيب قيمتهما[6]، فإن باع وجههما [وفيه كثرة الثمن][7]، لزمته قيمتهما .

وإن لم يكن وجه الهبة ، غرم قيمته يوم قبضه ورد الباقي ، وإن وهبه عبدين فأثابه

---

(١) سقطت من ك و هـ .

(٢) وردت العبارة في ز هكذا : وإن صبغ الثوب أو قطعه قميصاً .

(٣) في هـ : وكذلك إن .

(٤) في ك : يحل .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٦) في ك : قيمتها .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ز و هـ .

من أحدهما ورد عليه الآخر ، فللواهب أن يأخذ العبدين ، إلا [أن][1] يثيبه منهما جميعاً ؛ لأنها صفقة واحدة .

[فيمن وهب لغير الثواب ثم ادعى رجل أنه ابتاعها ، ومن حبس على بنيه وعليه دين]

ومن وهب لرجل هبة لغير الثواب ، ثم ادعى رجل أنه ابتاعها من الواهب وجاء ببينة ، فقام الموهوب يريد قبضها ، فالمبتاع أحق .

وكذلك قول مالك في الذي حبس على ولد له صغار حبساً ، ومات وعليه دين لا يدرى أقبل الحبس أو بعده ؟ فقال البنون : قد حُزْناه بحوز الأب[2] علينا ، فإن أقاموا البينة أن الحبس كان قبل الدين ، فالحبس لهم ، وإلا بيع للغرماء ، فكذلك الهبة لغير ثواب .

[فيمن حلف بصدقة بعض ماله أو قال : كل ماله صدقة في غير يمين أو في يمين]

ومن قال : داري صدقة على المساكين أو على رجل بعينه في يمين ، فحنث ، لم يقض عليه بشيء ، وإن قال : لك في غير يمين بتلاً ، فليقض عليه إن كان لرجل بعينه .

وإن قال : كل مال أملكه صدقة على المساكين ، لم أجبره على صدقة ثلث ماله ، وآمره بإخراج ثلثه من عين وعرض ودين ، ولا شيء [عليه][3] في أم ولده ومدبريه .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ك : بحوز الحبس بحوز أبينا علينا .

(٣) سقطت من ق .

وأما المكاتبون فيخرج ثلث قيمة كتابتهم ، فإن رقوا يوماً نظر إلى قيمة رقابهم ، فإن كان ذلك أكثر من قيمة كتابتهم [1] ، يوم أخرج ذلك ، فليخرج ثلث الفضل .

قال : وإن لم يخرج ثلث ماله حتى ضاع ماله كله ، فلا شيء عليه ، فرّط أو لم يفرط .

وكذلك إن قال ذلك في يمين فحنث ، فلم يخرج ثلثه حتى تلف جل [2] ماله ، فليس [3] عليه [إلا إخراج ثلث ما بقي بيده] [4] .

[القول في العمرى [5] وفي الذي يقول : عبدي حبس عليكما وهو للآخر منكما ، وفي رجوع الحبس]

ومن قال لرجل : قد أعمرتك هذه الدار حياتك [6] ، أو قال : هذا العبد ، أو هذه الدابة ، جاز ذلك . وترجع بعد موته إلى الذي أعمرها أو إلى ورثته . قيل : فإن أعمر ثياباً أو حلياً ؟ قال : لم أسمع من مالك في الثياب شيئاً ، وأما الحلي فأراه بمنزلة الدور .

---

(١) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : أخرج تمام ثلث الرقبة بعد إسقاط ما أخرج من ثلث قيمة الكتابة .

(٢) في ز : كل .

(٣) في ز : فلا شيء عليه .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز . ووردت بدلاً منه العبارة التالية : وإن تلف بعضه أخرج ثلث ما بقي في يديه .

(٥) تقدم تعريف العمرى ، وهو تمليك منفعة للمعطى مدة حياته بغير عوض إنشاءً . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٢٩٤) .

(٦) في ز : أيام حياتك .

ومن قال لرجلين : عبدي هذا حبس عليكما وهو للآخر منكما ، جاز ، وهو للآخر يبيعه ويصنع به ما شاء .

ومن قال لرجل : داري هذه لك صدقة سكناها ، فإنما له السكنى دون رقبتها .

وإن قال له : قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك ، أو قال : هذه الدار لك ولعقبك سكناها ، فإنها ترجع إليه ملكاً له بعد انقراضهم ، فإن مات فإلى أولى الناس به [يوم مات][1] ، أو إلى ورثتهم[2] ؛ لأنهم هم ورثته ، وأما إن قال : حبس عليك وعلى عقبك ، قال مع ذلك : صدقة ، أو لم يقل ، فإنها ترجع بعد انقراضهم إلى أولى الناس بالمحبس يوم المرجع من ولد أو عصبة ، ذكورهم وإناثهم سواء ، يدخلون في ذلك حبساً ، ولو لم تكن إلا ابنة واحدة كانت لها حبساً ، ولا ترجع إلى المحبس وإن كان حياً ، وهي لذوي الحاجة من أهل المرجع دون الأغنياء ، فإن كانوا كلهم أغنياء ، فهي لأقرب الناس بهم من الفقراء .

[في هبة المريض ، والحكم بين المسلم والذمي في الهبة]

وهبة المريض عبداً للثواب ، تجوز كبيعه ، فإن قبض منه الموهوب أو المبتاع ذلك فأعتق ولا مال له ، لم يجز ذلك ، ولو باعه كان لورثة الواهب منعه حتى يأخذوا العوض .

ومن أوصى لرجل بدار وثلثه يحملها فقال الورثة : نعطيك ثلث جميع ماله ولا نعطيك الدار ، فليس ذلك لهم ، وله أخذ الدار ؛ لأنها لو غرقت فصارت بحراً

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) في ق : ورثتهم له .

بطلت الوصية فيها ، ويقضى بين المسلم والذمي فيما وهب أحدهما للآخر أو تصدق عليه بحكم الإسلام ؛ لأن كل أمر[1] يكون بين[2] مسلم وذمي ، فإنما يحكم بينهما بحكم الإسلام ، وقد بقي من هذا الكتاب مسائل يسيرة[3] ، تقدم ذكرها في كتاب الأحباس وفي الوصايا[4] فأغنى عن إعادتها .

تم الكتاب بحمد الله

* * *

* *

*

(١) في ك : كل حكم .

(٢) في ز : كل ما يكون من .

(٣) في ز : كثيرة .

(٤) وقد تقدما في هذا الجزء .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب اللقطة والضوال[1] ﴾

[في التعريف باللقطة وما يعمل بها بعد التعريف]

قال[2]: ومن التقط دنانير ، أو دراهم ، أو حلياً مصوغاً ، أو عروضاً ، أو شيئاً من متاع أهل الإسلام ، فليعرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا لم آمره بأكلها ، كثرت أو قلّت ، درهماً فصاعداً ، إلا أن يحب بعد السنة أن يتصدق بها ، ويخير صاحبها إن جاء في أن يكون له ثوابها أو يغرمها له ، فعل . وأكره له[3] أن يتصدق بها قبل السنة ، إلا أن يكون الشيء التافه[4] .

وإن التقط العبد لقطة فاستهلكها قبل السنة كانت في رقبته ، وإن استهلكها بعد السنة لم تكن إلا في ذمته ؛ لأن النبي ﷺ قال للسائل عن اللقطة : « اعرف عفاصها

(١) اللقطة اسم الشيء الملتقط ، وأصلها من الالتقاط ، وهو وجود الشيء من غير طلب ولا قصد . واللقطة في الشرع عرّفها ابن عرفة بأنها : « مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً » وعرّف الضوال بأنها : « نعم وجد بغير حرز محترم » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٦٠٩ - ٦١١) .

(٢) سقطت من ق و هـ ، وفي ط : قال مالك - رحمه الله - .

(٣) الكراهة هنا على المنع ؛ لأنه لم يأذن له الشرع في التصرف بها قبل السنة . انظر : التقييد (٦/٢١٥) .

(٤) في هـ : التافه فيجوز .

ووكاءها[1] ثم عرّفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فَشَأْنَكَ بها »[2] ، فاختلف الناس في قوله : فشأنك بها][3] .

ويُعرِّف باللقطة حيث وجدها ، وعلى أبواب المساجد ، وحيث يظن أن ربها هنالك أو خبره ، ولا يحتاج في ذلك إلى أمر الإمام .

وما وجد على وجه الأرض مما يعلم أنه من مال [أهل][4] الجاهلية ، ففيه الخمس كالركاز .

---

(١) عفاصها ـ بكسر العين ـ : وعاءها . ووكاءها : ما يربط به . انظر : شرح الزرقاني على الموطأ (٤/٦٣)، سبل السلام (٥/٣١٣)، وتعليقات محمد فؤاد عبد الباقي على الموطأ (٢/٧٥٧).

(٢) رواه البخاري (٢٤٢٩)، ومسلم (١٧٢٢)، ومالك في الموطأ (٢/٧٥٧) كتاب الأقضية ، باب القضاء في اللقطة .

(٣) فقال مالك : معنى قوله : « فشأنك بها » أي أنه مخير بين أن يمسكها لصاحبها ، ويزيد في تعريفها ، وبين أن يتصدق بها ويضمنها لصاحبها إن جاء ، إلا أن يشاء أن يجيز الصدقة ويكون له الأجر .

وقال الشافعي : معنى « فشأنك بها » أي يجوز لك أن تعمل بها ما شئت بعد أن تعرف بها سنة ، فيجوز لك أكلها أو استنفاقها في أي شيء شئت ، سواء كنت غنياً أو فقيراً ، وتكون ضامناً لها لصاحبها متى جاء .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، إلا أن يكون محتاجاً إليها فيجوز له الانتفاع بها .

وهناك قول رابع وهو أنه لا يجوز له الانتفاع بها إلا إذا كان لديه وفاء بها .

وهذا الخلاف إنما هو في غير لقطة مكة ، أما لقطة مكة فقد ورد في حديث أبي هريرة المتفق عليه أن لقطتها لا تجوز إلا لمنشدها ، فلا يحل استنفاق لقطتها إجماعاً ، وعليه أن يعرفها أبداً وإن طال الزمان . انظر : المقدمات (٢/٤٧٧) ، الأم للشافعي (٤/٧٢)، فتح الباري (٥/٨٨)، سبل السلام (٥/٣١٧)، التقييد (٦/٢١٦) .

(٤) سقطت من ط و هـ .

وكذلك ما وجد بساحل البحر من تصاوير[1] الذهب والفضة ، [ففيه الخمس .

وأما التراب يوجد بساحل البحار فيغسل فيخرج فيه ذهب أو فضة][2] ، ففيه الزكاة[3] كالمعدن . ومن التقط لقطة فإن أتى رجل فوصف عفاصها ووكاءها وعدتها ، لزمه أن يدفعها إليه ويجبره السلطان على ذلك ، فإن جاء آخر فوصف مثل ما وصف الأول و[4] أقام بينة أن تلك اللقطة كانت له ، فلا شيء له على الملتقط ؛ لأنه دفعها بأمر يجوز له .

ولا يتجر باللقطة في السنة ولا بعد السنة أيضاً ، كالوديعة .

[في اللقطة التي يسرع إليها الفساد ، وضالة الغنم والبقر والإبل والخيل والبغال والحمير]

ومن التقط ما لا يبقى من الطعام فأعجب[5] إلي أن يتصدق به ، قلّ أو كثر .

ولم يوقت مالك في التعريف به وقتاً ، فإن أكله أو تصدق به ، لم يضمنه لربه ، كالشاة يجدها في الفلاة ، إلا أن يجدها في غير فلاة[6] .

---

(١) في ط : تصاور . وفي المدونة : تماثيل الذهب والفضة .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٣) في ط : الركاز .

(٤) في هـ : أو .

(٥) في نسخة ط : فأحب إلي . وكذلك في المدونة ، وهي هنا على بابها بمعنى الاستحباب ، فإن أكلها ولم يتصدق بها فذلك جائز له ولا يضمن . قال خليل في مختصره : « وله أكل ما يفسد ولو بقرية ، وشاة بفيفاء » . انظر : مختصر خليل (٢٤١) ، منح الجليل (٨/٢٤٠) .

(٦) في ك : فيافي .

ومن وجد ضالة الغنم بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى إليه ، ولا يأكلها ، وإن كانت في فلوات الأرض والمهامه ، أكلها ، ولا يعرف بها ، ولا يضمن لربها شيئاً ، لقول النبي ﷺ : « [هي][1] لك أو لأخيك أو للذئب »[2].

وضالة البقر إن كانت بموضع يخاف عليها ، فهي كذلك ، وإن كانت بموضع يؤمن عليها من السباع والذئب ، فهي كالإبل ، وإن وجد ضالة الإبل[3] في الفلاة تركها ، فإن أخذها عرف بها سنة ، وليس له أكلها ولا بيعها ، فإن لم يجد ربها فليخلها بالموضع الذي وجدها فيه .

وإن رفعت[4] إلى الإمام ، فلا يبعها ، وليفعل بها هكذا ، وكذلك فعل عمر[5].

وكان عثمان يبيعها ويوقف أثمانها لأربابها[6].

وإن وجد الخيل والبغال والحمير ، فليعرفها ، فإن جاء ربها أخذها ، وإن لم يأت تصدق بها[7].

---

(١) سقطت من ط .

(٢) هذا بقية الحديث الذي تقدم تخريجه ، وقد رواه البخاري برقم (٢٤٢٩)، ومسلم (١/١٧٢٢) .

(٣) في ك و ق : البقر .

(٤) في هـ : دفعت .

(٥) انظر : الموطأ (٧٥٩/٢) كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضوال .

(٦) روى ذلك عنهما مالك في الموطأ ، قال أنه سمع ابن شهاب يقول : كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلاً مؤبلة تناتج لا يمسها أحد ، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع ، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها . الموطأ (٧٥٩/٢) كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضوال .

(٧) في هـ : بها أو بأثمانها .

وما أنفق على هذه الدواب ، أو أنفق على ما التقط من عبد أو أمة ، أو على إبل قد كان ربها أسلمها ، أو على بقر ، أو على غنم ، أو متاع أكرى عليه فحمله من موضع إلى موضع بأمر سلطان أو بغير أمره ، فليس لرب ذلك أخذه حتى يدفع إليه ما أنفق فيأخذه إلا أن يسلمها إليه ، فلا شيء عليه .

[في أخذ الآبق[1]]

ومن أخذ آبقاً رفعه إلى الإمام ، فالإمام[2] يوقفه سنة وينفق عليه ، ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي ، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق ، وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال .

وأمر مالك ببيع الأُبـّاق بعد السنة ، ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون ، ولم يجعلهم كضوال الإبل ؛ لأنهم يأبقون ثانية . قيل : هل لمن وجد آبقاً خارج المصر أو داخله[3] جعْلٌ إن طلبه ؟ [قال :][4] قال مالك فيه ، ولم يذكر خارج المصر أو داخله ، إن كان ذلك شأنه يطلب الضوال لذلك [ويردها][5]، فله الجعل بقدر بعد الموضع الذي أخذه فيه أو قربه ، وإن لم يكن ذلك شأنه ، وإنما وجده فأخذه ، فلا جعل له وله نفقته .

---

(١) الآبق : هو الهارب عن مالكه وسيأتي تعريفه في كتاب الآبق .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ك و ز و هـ و ط : أو في المصر .

(٤) سقطت من ك و ط .

(٥) سقطت من ك و ط .

[فيمن أخذ متاعاً مما عطب بساحل البحر ، وفي بيع اللقطة وردها إلى موضعها]

ومن أخذ متاعاً مما عطب بساحل البحر فهو لربه ولا شيء عليه لمن وجده .

وإذا بيعت اللقطة بعد السنة ، فليس لربها إن جاء أن يفسخ البيع وإن بيعت دون أمر الإمام ، ولربها أخذ الثمن ممن قبضه ، وإن ضاعت اللقطة من الملتقط ، لم يضمن .

وإن قال له ربها : أخذتها لتذهب بها ، وقال هو : بل لأعرفها ، صُدق الملتقط . ومن التقط لقطة فبعد أن حازها وبان بها ردها بموضعها أو بغيره ، ضمنها ، فأما إن ردها في موضعها مكانه من ساعته ، كمن مرّ في إثر رجل فوجد شيئاً فأخذه وصاح به : أهذا لك ؟ فيقول : لا ، فتركه فلا شيء عليه .

قال[1] مالك في واجد الكساء بإثر رفقة فأخذه وصاح : أهذا لكم ، فقالوا : لا ، فرده ، قال : قد أحسن في رده ولا يضمن .

[فيمن حلّ دواباً من رباطها أو فتح عنها باب دار أو ترك باباً مفتوحاً أو حل مقيداً من قيد ونحو ذلك ، والضمان فيه]

ومن حل دواباً من مرابطها فذهبت ، ضمنها ، كالسارق [يسرق و][2] يدع

---

(١) في ق و ط : وقاله .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

باب الحانوت مفتوحاً ، وليس فيه ربه ، فيذهب ما في الحانوت ، فالسارق يضمنه ، [ولو كان فيها ربها قائماً ، لم يضمن][1].

ومن فتح باب دار فيها دواب فذهبت ، فإن كانت الدار مسكونة فيها أهلها لم يضمن ، وإن لم يكن فيها أربابها ضمن ، ولو كان فيها ربها نائماً ، لم يضمن .

وكذلك السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نيام [أو غير نيام][2]، فلا يضمن ما ذهب بعد ذلك ، وإنما يضمن إذا ترك البيت[3] مفتوحاً وليس أرباب البيت فيه .

ولو خرجت امرأة من بيتها لزيارة جارة لها وأغلقت على متاع لها الباب ، فسرق منه سارق وتركه مفتوحاً ، فسرق ما بقي في البيت [بعده][4]، ضمنه . وكذلك الحوانيت يتركها مفتوحة وليست بمسكونة .

ومن فتح باب قفص فيه طير فذهبت الطير ، ضمن .

ومن حل عبداً من قيدٍ قُيّد به[5] لخوف إباقه ، فذهب العبد ، ضمن .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ك و هـ و ط : الباب .

(٤) سقطت من ك و ط .

(٥) في هـ : قيد قيده به مولاه .

[في رب اللقطة يأتي بعدما تُصدق بها]

وإذا تصدق باللقطة بعد السنة ، ثم جاء ربها ، فإن كانت قائمة بأيدي المساكين ، فله أخذها وإن أكلوها فليس له تضمينهم ؛ لأنه قد قيل في اللقطة : يعرّفها سنة ثم شأنه بها[1] ، بخلاف الموهوب يأكل الهبة ثم تستحق هذا ، لربها أن يضمنه إياها .

تم الكتاب بحمد الله

* * *

* *

*

(١) يشير إلى الحديث الذي تقدم تخريجه ، وفيه : « ثم عرّفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الآبق[1] ﴾

[في من وجد آبقاً فأبق منه ، وفي اعتراف الآبق وادعائه]

[2] ومن وجد[3] آبقاً فأبق منه ، فلا شيء عليه ، وإن أرسله بعد أن أخذه ، ضمنه .

ومن اعترف[4] آبقاً عند السلطان وأتى[5] بشاهد ، حلف معه ، وأخذ العبد ، ولا يستحلف طالب الحق مع شاهدين .

وإذا ادعى أن هذا الآبق عبده ولم يقم بينة ، فإن صدقه العبد دفع إليه .

وكذلك متاع يوجد مع لصوص يدعيه قوم لا يعرف ذلك إلا بقولهم ، فليتلوم الإمام فيه ، فإن لم يأت سواهم دفعه إليهم .

---

(١) الآبق - بالمد وكسر الباء ، اسم فاعل من أبق بفتح الباء وكسرها - وهو الهارب من سيده من غير خوف ولا كد عمل . هكذا قيده بعضهم ، وقال الأزهري : الأبق : هروب العبد من سيده . وعرّف ابن عرفة الآبق بقوله : « حيوان ناطق وجد بغير حرز محترم » . وعرّفه غيره بأنه : « الرقيق الذي يفر ممن هو في يده تمردا » . انظر : المصباح (ص٢) ، شرح حدود ابن عرفة (٦١١)، منح الجليل (٢٥١/٨)، معجم لغة الفقهاء (١٣) .

(٢) في ك و ط : قال .

(٣) في ك و ط : أخذ .

(٤) اعترفه : أي عرفه وبيّن صفته وادعاه . انظر : منح الجليل (٢٥٤/٨) .

(٥) في هـ : فأتى ، وفي ك و ط : وأثبت شاهداً .

[في رب الآبق يأتي بعد بيعه ، وكيف لو قال : كنت أعتقته ، أو : الجارية أولدتها]

وإذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام بعد السنة والعبد قائم ، فليس له إلا الثمن ، ولا يرد البيع ، ولو قال ربه : كنت أعتقته ، أو دبرته بعدما أبق ، [أو قبل أن يأبق][1] ، لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة ؛ لأنه لو باعه هو نفسه ثم قال : كنت أعتقته ، لم يقبل قوله . ولو كانت أمة فباعها الإمام بعد السنة ثم جاء سيدها فقال : قد كانت ولدت مني وولدها قائم ، فإنها ترد إليه إن كان ممن لا يتهم .

وقاله مالك فيمن باع جارية له وولدها ثم استلحق الولد ، أنه إن كان ممن لا يتهم على مثلها ، رُدّت عليه . ولو قال : كنت قد أعتقتها ، لم يصدق ولم ترد عليه إلا ببينة . قيل : فإن لم يكن معها ولد فقال بعد ما باعها : كانت ولدت مني ؟ قال : أرى أن يصدق وترد[2] إن لم يتهم فيها.

[فيما يجوز لسيد الآبق من التصرف فيه وما لا يجوز، وإقامة الحد على الآبق]

ويجوز لسيد الآبق عتقه وتدبيره وهبته لغير ثواب ، ولا يجوز [له][3] بيعه ولا هبته لثواب .

وإذا زنى الآبق ، أو سرق ، أو قذف ، أقيم عليه الحد في ذلك كله .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٢) في ط : ارى أن ترد إليه .

(٣) سقطت من ك .

[في مكاتبات القضاة بشأن الآبق وما تتضمنه من بينات ونحو ذلك]

وإذا أتى رجل بكتاب من قاض إلى قاض ، يذكر أنه شهد عندي قوم ، أن فلاناً صاحب كتابي هذا[1] إليك قد هرب منه عبد صفته كذا ، فوصفه وجلاّه في الكتاب ، وعند هذا القاضي عبد آبق[2] محبوس على هذه الصفة ، فليقبل كتاب القاضي والبينة التي شهدت فيه على الصفة ، ويدفع إليه العبد .

قال : وترى للقاضي الأول أن يقبل منه البينة على الصفة ويكتب [بها][3] إلى قاضٍ آخر ؟ قال : نعم ؛ لأن مالكاً قال في المتاع الذي يسرق بمكة إذا اعترفه رجل ووصفه [بصفة][4] ولا بينة له أن يستأنى الإمام فيه ، فإن جاء من يطلبه وإلا دفعه إليه ، فالعبد الذي أقام البينة على صفته ، أحرى أن يدفع إليه ، فإن ادعى العبد ووصفه ولم تقم البينة عليه فأرى أنه مثل المتاع ينتظر به الإمام ويتلوم ، فإن جاء أحد يطلبه وإلا دفعه إليه وضمنه إياه . قيل : ولا يلتفت ههنا إلى العبد إن أنكر أن هذا هو مولاه ، إلا أنه يقر أنه عبد لفلان ببلد آخر[5] ، قال : يكتب السلطان إلى ذلك الموضع وينظر في قول العبد ، فإن كان كما قال وإلا ضمنه هذا[6] وأسلمه إليه كالأمتعة ، ومن اعترفت[7] من يده دابة وقضي عليه ، فادعى أنه اشتراها من بعض

---

(١) سقطت من ط و هـ .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٥) في ك و ق : آخر ببلد .

(٦) سقطت من ك .

(٧) في ق : اعترف . والمعنى أن صاحبها عرفها ووصفها وأقام البينة على أنها له .

البلدان وأراد أن لا يذهب حقه ، فله وضع قيمتها بيد عدل ويمكنه القاضي من الدابة ليخرج بها إلى بلد البائع منه لتشهد البينة على عينها ، فإن قال مستحقها : أنا أريد سفراً وإنما يريد أن يعوقني عنه ، قيل له : فاستخلف من يقوم بأمرك ، ويمكن المطلوب من الخروج بها ، ويطبع له في عنقها ويكتب له كتاباً إلى قاضي ذلك البلد : [إني][1] قد حكمت بهذه الدابة لفلان ، فاستخرج له ماله من بائعه إلا أن يكون للبائع حجة ، فإن تلفت الدابة في ذهابه أو مجيئه ، أو اعورت أو انكسرت أو نقصها[2] في ذهابه أو مجيئه فهي من الذاهب بها ، والقيمة للذي اعترفها إلا أن يرد [إليه][3] الدابة بحالها .

وكذلك الرقيق إلا أن تكون جارية ، فإنه إن كان أميناً دفعت إليه ، وإلا فعليه أن يستأجر أميناً يذهب بها معه وإلا لم تدفع إليه . قيل : فإذا وصل كتاب القاضي إلى القاضي وثبت عنده بشاهدين ، هل يكلف الذي جاء بالبغل [أن يقيم بينة][4] أن هذا البغل هو الذي حكم به عليه ؟ قال : إن كان البغل موافقاً لما في كتاب القاضي من صفته وخاتم القاضي في عنقه ، لم يكلف ذلك .

وإذا شهد قوم غرباء في بلد لا يعرفون [به][5]، لم يقبلوا إلا بعدالة ؛ لأن البينة لا تقبل إلا بعدالة ، [وإن شهد قوم على حق ، فعدَّلهم قوم غير معروفين ، فعدَّل

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ك : أنقصها .

(٣) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٥) سقطت من هـ و ط .

المعدلين آخرون][1] ، فإن كان الشهود غرباء ، جاز ذلك ، وإن كانوا من أهل البلد ، لم يجز ذلك ؛ لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة إذا كانوا من أهل البلد ، حتى تكون العدالة على الشهود أنفسهم عند القاضي .

[في مدة حبس الآبق على ربه وحكم أخذه واعترافه وضمانه إذا استعمل فعطب]

قال مالك : لم أزل أسمع أن الآبق يحبس على ربه سنة ، ثم يباع .

ومن وجد آبقاً فلا يأخذه ، إلا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه ، فأحب إلي أن يأخذه ، وهو من أخذه في سعة .

والآبق إذا اعترفه ربه بيدك ولم تعرفه ، فأرى أن ترفعه إلى الإمام إن لم تخف ظلمه .

ومن استأجر آبقاً فعطب في عمله ولم يعلم أنه آبق ، ضمنه لربه .

وقاله مالك فيمن أجر عبداً على تبليغ كتاب إلى بلد ولم يعرف أنه عبد ، فعطب في الطريق ، إنه يضمنه ؛ لأن من ابتاع سلعة من السوق فأتلفها هو نفسه ، إنه يضمنها [إن استحقت][2] ، وإن أجرت الآبق فالإجارة لربه ، وإن استعملته لزمتك قيمة عمله لربه ؛ لأن ضمانه منه ونفقته عليه ، وإنما يضمن الآبق إذا استعمله في عمل يعطب في مثله ، فهلك فيه .

وإن استعملته في شيء فسلم ، فلربه الأجر فيما له بال من الأعمال .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

وكذلك من استعمل عبداً لرجل .

[في إباق المكاتب وفي عتق الآبق عن ظهار وبيعه]

وإذا أبق المكاتب لم يكن فسخاً لكتابته إلا بعد حلول النجم ، وبعد تلوم الإمام له .

ومن أعتق عبداً آبقاً عن ظهاره ، لم يجزه ، إذ لا يدري أحيٌّ هو أم ميت ، أو معيب أو سليم ، إلا أن يعرف في الوقت موضعه وسلامته من العيوب ، فيجزيه ، [أو لم][1] يعلم ذلك إلا بعد العتق ، فيجزيه وإن جهله أولاً .

وإذا عرف أن الآبق عند رجل ، جاز أن يباع منه أو من غيره ممن يوصف له إذا وصف أيضاً للسيد حاله الآن وصفته ، ولا يجوز النقد فيه إذا كان بعيداً ، وهو كعبد غائب لرجل باعه .

[في العبد المرهون يأبق]

وإذا أبق العبد الرهن ، لم يضمنه المرتهن وصدق في إباقه وأُحلف[2] وكان على حقه ، وإن وجده سيده وقامت الغرماء عليه ، فالراهن[3] أولى به إذا كان قد حازه المرتهن ، لكونه بيده قبل الإباق ؛ إلا أن يعلم المرتهن بكونه بيد الراهن فتركه حتى فلس ، فهو أسوة الغرماء .

---

(١) سقطت من ق و هـ و ط .

(٢) في جميع النسخ : ولا يحلف . والمثبت من ق ، وهو الذي في المدونة وهو الصواب ، قال خليل : « وإن مرتهناً وحلف » . انظر : المدونة (١٨٧/٦)، مختصر خليل (٢٤٢) .

(٣) في جميع النسخ عدا ق : فالرهن .

[في العبد المسلم يأبق إلى بلد الحرب فيشتريه مسلم ، والذمي يأسره العدو ويظفر به المسلمون]

وإن أبق عبد مسلم إلى بلد الحرب فدخل إليهم[1] مسلم فاشتراه ، لم يأخذه ربه منه إلا بالثمن الذي [ودّى][2] ، اشتراه[3] بأمره أو بغير أمره ، وكذلك عبيد أهل الذمة .

وإذا أسر العدو ذمياً فظفرنا به ، رُدّ إلى جزيته ، وقع في المقاسم أو لم يقع ؛ لأنه لم ينقض عهداً ولم يحارب .

فإن فات العبد بعتق عند الذي اشتراه ببلد الحرب ، أو كانت أمة فأولدها مشتريها[4] ، مضى ذلك ولم ترد ، بخلاف من ابتاع عبداً في سوق المسلمين ولا يعلم أن له سيداً غير بائعه ، فأعتقه ثم استحقه سيده ، إنه يأخذه ؛ لأن هذا أخذه بغير ثمن ، والأول لا يأخذه إن شاء إلا بالثمن ، ما لم يفت بعتق ـ كما ذكرنا ـ .

تم كتاب الآبق بحمد الله وعونه

* * *

---

(١) في هـ : إليه .

(٢) سقطت من ق و ك .

(٣) في ق و ك و ط : اشتراه به .

(٤) في ك : فوطئها مشتريها فأولدها .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب حريم الآبار[1] ﴾

[في أنواع الآبار والضرر الموجب لمنع حريمها ، وما يجوز من منع مائها وكلئها وما لا يجوز]

[2] وليس لبئر ماشية أو لبئر زرع ، حريم محدود ، ولا للعيون إلا ما يضر[3] بها .

ومن الآبار آبار تكون في أرض رخوة ، وأخرى في أرض صلبة أو في صفا[4] ، فإنما ذلك على قدر الضرر بالبئر[5] ، ولأهل البئر منع من أراد أن يبني أو يحفر بئراً في ذلك الحريم ؛ لأنه حق للبئر وضرر بهم .

---

(١) في بعض النسخ : حريم البئر ، والمراد بقوله : حريم الآبار أي : حق الآبار الذي يُمنع أن يُحدث فيها ما يضر بها ، وأصل الحريم والحرمة المنع ، فحريم البئر ما يتصل بها من الأرض التي من حقها ألا يحدث فيها ما يضرها ، لا باطناً كحفر بئر تشتف ماؤها أو تذهبه أو قطر نجاسة يصل إليها برشحه ، أو ظاهراً كالبناء والحرث والغرس والنزول الذي يتصل بالمنتفعين بها ، ويضيق عليهم في ورودهم ومسارحهم ومعاطن إبلهم ومرابض مواشيهم . انظر : التقييد (٦/٢٢٦) .

(٢) في ك : قال . وفي هـ : ابن القاسم . وفي ط : قال مالك .

(٣) في ق : ما لا يضر .

(٤) الصفا : الحجر الأملس . انظر : (المصباح ٣٤٤) .

(٥) في ك : بأهل البئر .

وكذلك لو لم يكن على البئر من حَفْر بئر أخرى ضـرر[1] لصلابـة الأرض ، كـان لهم منعه لما يضر بهم في مناخ الإبل ومرابض المواشي عند وردها .

وكل من حفر في أرضه أو داره بئراً ، فله منعها وبيع[2] مائها ، وله منع المارة من مائها إلا بالثمن ، إلا قوم لا ثمن معهم وإن تركوا إلى أن يردوا إلى مـاء غـيره هلكـوا ، فلا يمنعون ولهم جهاد من منعهم .

فأما من حفر في غير ملكه بئراً لماشية أو شفة ، فلا يمنع فضلها[3] من أحـد ، وإن منعوه حل قتالهم ، فإن لم يقو المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشاً ، فديـاتهم علـى عواقل المانعين ، والكفارة عن كل نفس منهم على كل رجل من أهـل المـاء مـع وجيـع الأدب[4] ، وقال النبي ﷺ : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ »[5].

قـال ابــن القاســم : و [ذلــك][6] في الصحــاري ، وأمــا في القــرى والأرض المحوزة[7] ، فللرجل منع كلئه ـ عنــد مـالك ـ إن احتـاج إليـه ، وإلا فليخـل بـين النـاس وبينه .

---

(١) في ك و هـ : ضرراً .

(٢) في ط : ومنح .

(٣) في ك و هـ : ماءها .

(٤) في ط : وجيع الأدب وطول السجن . وفي ك : لأن النبي ﷺ قال : « لا يمنع نفع بئر » .

(٥) رواه مـالك في الموطأ (٢/٧٤٤) كتـاب القضـاء ، بـاب القضـاء في الميـاه . والبخـاري (٢٣٥٣) كتـاب الشـرب والمســاقاة ، بــاب مــن قــال : إن صــاحب المــاء أحــق بالمــاء حــتى يــروي . ومسلم (٢٣٥٣) كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع فضل الماء .

(٦) سقطت من ط .

(٧) في ق : محدودة .

وإذا حرث جارك على غير أصل ماء ، فلك أن تمنعه أن يسقي بفضل ماء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت .

وأما إن حرث ولأرضه بئر فانهارت ، فخاف على زرعه ، فإنه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن . وإن لم يكن في مائك فضل ، فلا شيء له .

وسئل مالك عن ماء الأعراب يرد عليهم أهل المواشي يسقون منها فيمنعونهم[1]؟ فقال : أهل ذلك الماء أحق بمائهم حتى يرووا ، فإن كان فضل ، سقى هؤلاء ، والحديث : « لا يمنع فضل الماء »[2] هو ما يفضل عنهم .

وكذلك بئر الماشية ، الناس أولى بفضلها[3] ، وأما بئر الزرع ، فصاحب الزرع أولى بالفضل .

[في بيع الماء وأرضه للشريك وغيره والشفعة في ذلك]

ولا بأس بشرائك شرب يوم أو يومين ، من عين أو بئر دون الأصل ، أو شراء أصل شرب يوم أو يومين من كل شهر ، ولا شفعة في ذلك إن كانت الأرض قد قسمت[4] .

وإذا قُسمت الأرض وترك الماء فباع أحدهم نصيبه من الأرض بغير ماء أو باع نصيبه من الماء فلا شفعة في ذلك ، وإنما الشفعة في الماء إذا لم تقسم الأرض .

---

(١) في ق : فيمنعوهم .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) في جميع النسخ عدا ق : بفضله .

(٤) في ك : الأرض لم تقسم .

وإذا باع أحدهم حصته من الماء ، ثم باع آخر بعده حصته من الماء ، لم يَضْرب البائع الأول معهم في الشفعة في الماء بحصته من الأرض .

وكذلك لو باع حصته من الأرض[1] ، ثم باع آخر حصته من الأرض ، لم يكن للأول فيها شفعة ، لمكان ما بقي له من الماء .

وإذا كانوا شركاء في أرض [وماء][2] ، فاقتسموا الأرض ، ثم باع أحدهم حصته من الماء ، فلا شفعة له فيما باع بحصته من الأرض .

[في الذي يريد أن يجري الماء لأرضه عبر أرض غيره]

وإن كان لرجل ماء خلف أرضك ، وله أرض دون أرضك ، فأراد أن يجري ماءه في أرضك لأرضه ، فلك منعه من ذلك .

وكذلك لو كان له في أرضك مجرى ماء أراد أن يحوله في أرضك إلى موضع أقرب إليه ، فلك منعه . وليس العمل على ما روي عن عمر في هذا[3] .

---

(١) في ط و هـ : من الأرض وترك الماء .

(٢) سقطت من ك .

(٣) روي عن عمر أثران أحدهما في المسألة الأولى فيمن له ماء في أرضه وهي خلف أرض غيره فأراد أن يجريه في أرض غيره إلى أرض له أخرى دون أرض غيره .

والأثر الثاني في هذه المسألة ـ أي فيمن له مجرى ماء في أرض غيره فأراد أن يحوله إلى موضع فيها أقرب إليه .

الأثر الأول ما رواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العُريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله ، =

[في الرجل يكتري الشرب بزراعة أرضه ، والبئر بين الشركاء تنهار أو تحتاج إلى الكنس لقلة مائها]

وإن اكتريت من رجل شرب يوم من كل شهر ، أو من هذه السنة من قناته[1] بأرضك هذه يزرعها سنته هذه ، جاز ذلك ؛ لأنك لو أكريت[2] أرضك بدين ، جاز .

وإن كانت بئر بين رجلين فانهارت ، أو عين فانقطعت ، فعملها أحدهما وأبى الآخر أن يعمل ، لم يكن للذي لم يعمل من الماء قليل ولا كثير ، وإن كان فيه فضل إلا أن يعطي شريكه نصف ما أنفق .

وإذا احتاجت قناة أو بئر بين شركاء[3] لسقي أرضهم إلى الكنس لقلة مائها ، فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخرون ـ وفي ترك الكنس ضرر بالماء وانتقاص ، والماء

= فقال محمد : لا ، فقال عمر : لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه ولك نافع تسقي به أولاً وآخراً وهو لا يضرك ؟ فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرَّن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك . انظر : الموطأ (٧٤٦/٢) كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق .

والأثر الثاني ما رواه ـ أيضاً ـ الإمام مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال : كان في حائط جده ربيعٌ لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية في الحائط هي أقرب إلى أرضه ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله . الموطأ (٧٤٦/٢) كتاب الأقضية .

(١) في ك : فنائه . وفي هـ : مائه .

(٢) في هـ و ق : اكتريت . والمثبت من ك و ط .

(٣) في ك : بين شريكين .

يكفيهم و[1] لا يكفي الذين شاءوا الكنس [خاصة - فللذين شاءوا الكنس خاصة][2] أن يكنسوا ، ثم يكونون[3] أولى بما زاد في الماء كنسهم دون من لم يكنس حتى يؤدوا حصتهم من النفقة ، فيرجعون إلى أخذ حصتهم من جميع الماء .

وكذلك بئر الماشية إذا قل ماؤها فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخرون ، فهي كبئر الزرع ، فإن كنسها بعضهم كان جميعهم فيما كان من الماء قبل الكنس على قدر حقوقهم [فيه][4] ، ثم يكون الذين كنسوا أحق بما زاد الماء بكنسهم ، فإذا رووا كان الناس وأُباة الكنس في الفضل سواء ، حتى يؤدوا حصتهم من النفقة ، فإذا أدوه كان جميع الماء بينهم على قدر ما كان لهم ، ثم الناس في الفضل [شرعاً][5] سواء ، ولا شفعة في بئر ماشية ، ولا تباع [و][6] إن احتاج أهلها إلى بيعها .

ولا بأس ببيع بئر الزرع وفيها الشفعة إذا لم تقسم[7] الأرض .

[في الذي يحدث في أرضه شيئاً فيصل إلى أرض جاره فيفسدها أو يمر هو أو ماشيته في أرض جاره]

ومن أرسل في أرضه ماءً أو ناراً ، فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه ، فإن

---

(١) في ط و هـ : أو .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من هـ . وكلمة « خاصة » سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) في ط : أن يكنسوه ثم يكونوا .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ك

(٦) سقطت من ق و ك .

(٧) لم تنقسم .

كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل(١) ذلك إليها ، فتحاملت النار بريح أو غيرها فأحرقت ، فلا شيء عليه ، وإن لم يؤمن وصول ذلك لقربها ، فهو ضامن ، وكذلك الماء ، وما قتلت تلك(٢) النار من نفس ، فعلى عاقلة مرسلها .

قيل : فمن كانت له أرض وإلى جانبها أرض لغيره ، وله عين خلف أرض جاره ، وليس له ممر إلا في أرض جاره ، فمنعه من الممر(٣) إلى العين ؟ قال : سئل مالك عن رجل له أرض وحواليها(٤) زرع للناس في أرضهم ، فأراد أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم ، فقال : إن كان ذلك يفسد زرعهم ، فلهم منعه .

[في الذي له بِرْكة أو بحيرة فيها سمك ، وحكم منع صيدها وبيع سمكها وبيع الخصب في الأرض]

وإن كانت بركة أو غدير أو بحيرة في أرضك وفيها سمك ، فلا تمنع من الصيد فيها ممن(٥) ليس له فيها حق ، ولا تبع سمكها ممن يصيد فيها سنة ؛ لأنها تقل وتكثر .

ولا بأس أن تبيع خصباً في أرضك ممن يرعاه عامه ذلك ، ولا تبعه عامين ولا ثلاثة ، وإنما يجوز بيعه بعد ما ينبت .

---

(١) في ق : لا يصل .

(٢) سقطت من ق و ك و هـ ، والمثبت من ط .

(٣) في هـ : منعه من الضرر به في الممر .

(٤) في ق : حواليه .

(٥) في ك : من .

[في إحياء الموات وما يعد إحياءً وما لا يعد]

ومن أحيا أرضاً ميتة بغير إذن الإمام ، فهي له ، وإحياؤها شق العيون ، وحفر الآبار ، وغرس الشجر ، والبناء ، والحرث ، فما فعل من ذلك فهو إحياء .

وتفسير الحديث الذي جاء : « من أحيا أرضاً ميتة[1] فهي له »[2]، إنما ذلك في الصحاري [والبراري][3]، وأما ما قرب من العمران ، وما يتشاح الناس فيه ، فليس له أن يحييه إلا بقطيعة من الإمام .

قيل : هل كان مالك يعرف هذا الذي يحجر[4] الأرض ، أنه يترك ثلاث سنين فإن أحياها وإلا فهي لمن أحياها ؟ قال : ما سمعت من مالك في التحجير شيئاً ، وإنما الإحياء عند مالك ما وصفت لك .

ومن أحيا أرضاً مواتاً ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت أشجارها ، وتهدمت آبارها ، وعادت كأول مرة ، ثم أحياها غيره ، فهي لمحييها آخراً ، وهذا إذا

---

(١) في ق : مواتاً .

(٢) رواه بهذا اللفظ أبو داود (٣٠٧٣) في الخراج والإمارة والفيء . والترمذي (١٣٧٨) في الأحكام ، وحسنه ، وأبو عبيد في الأموال برقم (٧٠٧)، والدارقطني (٣/٣٥) برقم (١٤٤)، والبيهقي (١٤٢/٦) ، ورواه مالك في الموطأ مرسلاً عن هشام بن عروة (٧٤٣/٢) كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات .

(٣) سقطت من ط .

(٤) تحجير الأرض : ضرب حدود حول ما يريد إحياءه منها ولما يحييه بعد . انظر : التقييد (٢٣٢/٦).

أحيا في غير أصل كان له ، فأما من ملك أرضاً بخطة[1] أو شراء ثم أسلمها فهي له ، وليس لأحد أن يحييها .

ولو نزل قوم أرضاً من أرض البرية فرعوا ما حولها أو حفروا[2] بئراً لمواشيهم ، لم يكن هذا إحياء لمرعاهم ، [و][3] هم والناس في المرعى سواء ، ولا يمنع الكلأ إلا رجل له أرض قد عرفت له ، فهذا الذي يمنع كلأها ، أو يبيعه إن[4] احتاج إليه ، وهؤلاء أحق ببئرهم حتى يرووا ثم يكون فضلها للناس ، وليس لهم بيعها ولا منع فضل مائها .

ومن سيّل ماءً عن أرض غَرِقَةٍ ، أو نزل بغيضة[5] فقطع شجرها[6] ، فذلك إحياء .

ومن حفر بئراً بعيدة من بئرك ، فانقطع ماء بئرك من حفر بئره وعُلم ذلك ، فلك ردمها عليه .

[فيما يلحق به الضرر من حفر بئر أو حفرة أو إحداث كنيف أو كوة ، وما يمنع من ذلك وما فيه ضمان]

ومن حفر بئراً حيث لا يجوز له ، ضمن ما عطب فيها من دابة أو إنسان .

---

(١) الخطة : هي أن يعطيها له الإمام ويقطعها له ، إما إقطاع منافع أو إقطاع تمليك ، ومراده هنا إقطاع تمليك . انظر : التقييد (٦/٢٣٢) .

(٢) في ط : فمرعوا ما حولها وحفروا .

(٣) سقطت من ط .

(٤) في ك : ربيعة إذا .

(٥) الغيضة : الأجمة ، وهي الشجر الملتف ، وجمعه غياض . انظر : المصباح (٤٠٩) .

(٦) في ط : بغيضة فقطعها فذلك .

وإن حفرت بئراً في وسط دارك أو إلى جنب جدارك ، فحفر جارك خلفها في داره بئراً أو حفرة[1] في وسط داره ، فإن كان ذلك مضراً ببئرك منع من ذلك .

وكذلك لو أحدث كنيفاً يضر ببئرك منع من ذلك ، ومن رفع بناه ففتح كوى يشرف منها على جاره ، منع من ذلك .

وكتب عمر ـ رضي الله عنه ـ في هذا أن يوقف على سرير فإن نظر إلى ما في دار جاره منع ، وإلا لم يمنع [من ذلك][2][3] .

قال مالك[4] : يمنع من ذلك ما فيه ضرر ، وأما ما لا ينال منه النظر [إليه][5] ، فلا يمنع .

وإن رفع بناءه ولم يفتح فيه كوة فستر جاره من الشمس وهبوب الريح ، لم يمنع[6] .

---

(١) في ك : حفرها .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) رواه ابن القاسم في المدونة ، قال : أخبرنا به ابن لهيعة أنه كُتب إلى عمر بن الخطاب في رجل أحدث غرفة على جاره ففتح عليها كوى ، فكتب إليه عمر بن الخطاب أن يوضع وراء تلك الكوى سريراً ويقوم عليه رجل ، فإن كان ينظر إلى ما في دار الرجل منع من ذلك ، وإن كان لا ينظر لم يمنع من ذلك . المدونة (٦/١٩٧) .

(٤) في هـ : والإمام يمنع .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) في هـ : لم يمنع من ذلك . وفي ط : لم يمنع من هذا .

[في الأرض والعين تكون بين شركاء فيقتسمون الأرض ، وفي الذي يغصب أرضاً أو دابة فيستغلها]

وإن كانت بين قوم أرض وعين فاقتسموا الأرض وبقيت العين ، فأراد أحدهم[1] أن يسقي بحصته من الماء أرضاً له أخرى ، أو يؤجر ذلك ممن يسقي له[2] أو يبيعه ، [فله ذلك][3] ، ثم لا شفعة فيه لشركائه .

ومن غصبك أرضاً فزرعها ، أو داراً فسكنها ، أو بئراً فسقى بها أرضه ، فعليه كراء ذلك . وإن غصبك دابة فركبها ، فلا كراء عليه .

[في رهن العين والنهر وجزء من شرب بئر ونحو ذلك وحكم كرائه والسقي به وهو مرهون]

ومن ارتهن عيناً أو قناة ، أو جزءاً من شرب بئر أو عين أو نهر ، جاز ذلك إذا قبضه المرتهن وحازه وحال بين صاحبه وبينه .

وليس للراهن أن يكري ذلك ، ولا للمرتهن أن يكريه بغير أمر[4] ربه ، فإن أمره بذلك أكراه المرتهن وكان الكراء للراهن .

وكذلك من ارتهن داراً ، فليس لرب الدار أن يكريها ، ولكن يتولى المرتهن كراها بأمره ، ويكون الكراء لرب الدار ، ولا يكون رهناً إلا أن يشترطه .

---

(١) في جميع النسخ عدا ق : فلأحدهم .

(٢) في جميع النسخ عدا ق : به .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٤) في ط : بغير إذن .

وإن اشترط أن يكريها ويأخذ كراها في حقه ، فإن كان دينه من قرض ، جاز ، وإن كان[1] من بيع ، [لم يجز][2] إلا أن [يكون][3] ذلك الشرط بعد عقد البيع ، فجائز ، وإن عقد البيع على هذا ، لم يجز ؛ إذ لا يدري ما يقتضي أيقل أم يكثر ، إذ لعل الدار تنهدم قبل أن يقتضي[4]. وللمرتهن أن يمنع الراهن أن يسقي زرعه بما ارتهن منه من بئر أو قناة .

وإن أذن له أن يسقي [بها][5] زرعه ، خرجت من الرهن[6].

[وكذلك من ارتهن داراً فأذن لربها أن يسكن أو يكري ، فقد خرجت من الرهن][7] حين أذن له ، وإن لم يسكن ولم يكر .

ومسألة إنخساف البئر في أيام الخيار وما بعدها إلى آخر الكتاب ، قد تقدم ذكره في كتاب بيع الخيار[8] ، فأغنى عن إعادتها ههنا .

تم الكتاب بحمد الله وعونه

*   *   *

---

(١) في ق و ك و هـ : أو كان .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ط .

(٣) سقطت من جميع النسخ عدا ط .

(٤) في ق : أن يقبض .

(٥) سقطت من ق .

(٦) في ك : الراهن .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ط .

(٨) تقدم كتاب بيع الخيار في الجزء الثالث ، وانظر لهذه المسألة منه (١٨٧).

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الحدود في الزنا[1] ﴾

[في الشهادة على الزنا والرجم والنفي]

[2] وينبغي للقاضي إذا شهدت عنده بينة على رجل بالزنا ، أن يكشف[3] عن شهادتهم : كيف رأوه ؟ وكيف صنع ؟ فإن رأى في شهادتهم ما تبطل به الشهادة ، أبطلها . وإذا عدلت البينة والقاضي لا يعرف أبكر هو أم ثيب ؟ فينبغي له أن يقبل قول الزاني : إنه بكر ، ويجلده مائة جلدة ، إلا أن يشهد على الزاني شاهدان بالإحصان ، فيرجم .

ولا يجوز في الإحصان شهادة النساء مع الرجال[4] ولا وحدهن ، ولا في النكاح .

---

(١) الحدّ لغة : المنع ، ومنه سمي البواب حدّاداً لمنعه الناس من الدخول ، وسمي اللفظ الجامع المانع حداً ؛ لأنه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه ، وسميت العقوبات حدوداً لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها . أما الحدود في الشرع فهي : « عقوبة مقدرة شرعاً وجبت على كل من ارتكب ما يوجبها » . والزنا بالقصر والمد قيل أنه مشتق من الضيق ، وقد عرفه ابن عرفة في الشرع بأنه : « مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حله عمداً » ، وعرفه خليل بأنه : « وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق عمداً » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٦٩٣)، مختصر خليل (٢٧٠)، منح الجليل (٩/٢٤٥)، التعريفات للجرجاني (٧٤)، نيل الأوطار (٧/٩٢) .

(٢) في هـ : قال مالك .

(٣) في هـ : يكشفهم .

(٤) في هـ و ق : مع الرجل .

ومن تزوج امرأة وتقادم مكثه معها بعد الدخول [بها][1]، فشهد عليه بالزنا فقال : ما جامعتها مذ دخلت عليها ، فإن لم يعلم وطؤه : بولد يظهر أو بإقرار ، لم يرجم ، وإن علم منه إقرار بالوطء قبل ذلك ، رُجم .

ولا يجتمع الرجم والجلد في الزنا على الثيب ، والثيب حده الرجم بغير جلد ، والبكر حده الجلد بغير رجم ، بذلك مضت السنة[2]، ولا نفي على النساء[3] ولا على العبيد ، ولا تغريب .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) أي مضت السنة بعدم الجمع بين الجلد والرجم سواء في الثيب أو البكر فإن الثيب حده الرجم فقط ، والبكر حده الجلد فقط ، إلا إذا كان ذكراً فيكون مع الجلد النفي ، وهذا خلافاً لما في حديث عبادة بن الصامت ، الذي رواه مسلم ، أن النبي ﷺ قال : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر مائة جلدة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » وهو قول الظاهرية ورواية عن الإمام أحمد ، إلا أن الإمام مالكاً وجمهور الفقهاء رأوا أن هذا الحديث منسوخ بحديث ماعز المتفق عليه أن الرسول ﷺ رجمه ولم يجلده ، وكذلك قصة الجهنية التي رواها البخاري أن النبي ﷺ رجمها ولم يجلدها ، وكذلك رجمه لليهوديين ولم يجلدهما ، وهو حديث متفق عليه ـ أيضاً ـ . انظر : بداية المجتهد بتحقيق العبادي (٤/٢٢٣٩ ـ ٢٢٤٠)، سبل السلام (٤/٧ ـ ٨) .

(٣) خالف مالك الجمهور في عدم نفي المرأة والعبد ، أما المرأة فلأنها عورة تحتاج إلى حفظ وصيانة وفي نفيها تضييع لها وتعريضها للفتن ، ومواقعة مثل ما غربت من أجله ، ولذلك أمر الشارع بعدم سفرها من غير محرم ، والنفي للرجل إنما كان عقوبة لما فيه من قطع معاشه والذلة له بنفيه إلى غير بلده ، وليس هذا في نفي المرأة . وأما العبد فلأن التغريب لقطع المعاش والذلة ، والعبد لا تلحقه الذلة ، والضرر إنما هو لسيده الذي سيفقد بالنفي خدمته ، ولأن حده نصف حد الحر والنفي ليس فيه تنصيف فوجب أن يسقط كله . انظر : بداية المجتهد (٤/٢٢٤١)، الإشراف (٢/٨٥٥)، سبل السلام (٤/٧) .

ولا يُنفى الرجلُ الحر إلا في الزنا ، أو في حرابة ، ويسجنان جميعاً في الموضع الذي ينفيان إليه : يسجن الزاني سنة ، والمحارب حتى تعرف له توبة .

والرجم على من أُحصن بنكاح يصح عقده ويصح الوطء فيه . وقد ذكرنا مسائل الإحصان في كتاب النكاح[1] .

[في قيام الوارث بالحد]

ومن خاصم في قذف ، فمات قبل إيقاع البينة ، فلورثته القيام بذلك ، ويحدّ لهم القاذف إن أتوا ببينة .

ولو لم يقم المقذوف بقذفه حتى مضت سنة ، أو أقل أو أكثر ، ولم يسمع منه عفو ثم مات فقام بذلك وارثه ، فإن لم يمض من [طول][2] الزمان ما يعدّ به المقذوف تاركاً ، فلورثته القيام ، وإن مضى من طول الزمان[3] ما يُرى[4] أنه تارك ، فلا قيام لهم ، فأما لو قام المقذوف نفسه بعد طول الزمان لَحَلَفَ بالله[5] ما كان تاركاً لذلك ، ولا كان وقوفه إلا أن يقوم بحقه إن بدا له ، حُدّ له بخلاف ورثته .

ومن قتل وله أم وعصبة ، فماتت الأم ، فورثتها مكانها ، إن أحبوا أن يقتلوا قتلوا ، ولا عفو للعصبة دونهم ، كما لو كانت الأم باقية .

---

(١) وقد تقدم في الجزء الثاني ، وانظر منه (ص ٢٣٣ وما بعدها) .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ق : طول ذلك الزمان . وفي ز : طول زمان ذلك .

(٤) في هـ : ما يعلم .

(٥) في هـ و ز : فإنه يحلف .

[فيمن افترى على رجل محدود أو قال : يا ابن الزانية]

ومن افترى على رجل مجلود[1] في الزنا ، أو مرجوم في الزنا ، فلا حد عليه .

ومن قال لرجل : يا ابن الزانية ، وقال : أردت جدة من جداته لأمه ، فإن كانت جدة له لأمه قد عرفت بذلك ، حلف أنه ما أراد غيرها ، ولا حد عليه ، وعليه العقوبة . قيل : فهل يُنكل في قَذف هؤلاء الزناة ؟ قال : إذا[2] آذى مسلماً نكل[3].

[في الشهادة في الزنا ومن تصح منه ، وحكم الرجوع عنها ، وخطأ الإمام في الحكم بالشهادة]

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا ، فرجع أحدهم قبل إقامة الحد ، أو وُجد عبداً ، أو مسخوطاً[4] ، فإنهم يحدون كلهم حد الفرية .

وإن رجع شهود الزنا بعد الرجم حُدوا ، وكانت الدية في أموالهم .

وإن رجع واحد بعد قيام الحد ، جلد الراجع[5] وحده دون الثلاثة الذين بقوا[6].

---

(١) في ك : محدود .

(٢) في ز : من .

(٣) أي أنه لا يجلد للفرية مع جلده على الزنا أو رجمه عليه ، لكن يعاقب على الفرية من غير حدّ . انظر : التقييد (٦/٢٧) .

(٤) المسخوط : المكروه كولد الزنا ونحوه ممن لا تقبل شهادته وحكمه هنا كحكم غيره ممن لا تجوز شهادته لعدم عدالته كالنصراني ونحوه . انظر : التقييد (٤/٢٧) .

(٥) في ز : الرابع .

(٦) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : وإن كان رجماً غرم الراجع وحده ربع الدية ، قال ابن القاسم .

وإن علم بعد الرجم والجلد أن أحدهم عبد ، حُدّ الشهود أجمعون . وإن كان مسخوطاً لم يحد واحد منهم ؛ لأن شهادتهم قد تمت باجتهاد الإمام في عدالتهم ، ولم تتم في العبد ، ويصير من خطأ الإمام ، فإن لم يعلم الشهود كانت الدية في الرجم على عاقلة الإمام ، وإن علموا فذلك[1] على الشهود في أموالهم ، ولا شيء على العبد في الوجهين[2] .

وما أخطأ به الإمام من حد [هو][3] لله ، يبلغ به ثلث الدية فأكثر فعلى عاقلته ، وما كان دون الثلث ففي ماله خاصة .

ولا تجوز شهادة الأعمى في الزنا ، ويُحدّ .

وإذا حكم القاضي بشاهدين في مال ، ثم تبين أن أحدهما عبد ، أو ممن لا تجوز شهادته ، حلف الطالب مع شاهده الباقي ونفذ الحكم ، فإن نكل حلف المطلوب واسترجع المال .

وإن شهدا عليه بقطع يد [أو][4] رجل عمداً ، فاقتص منه ، ثم تبين أن أحدهما عبد ، أو ممن لا تجوز شهادته ، لم يكن على متولي القطع شيء ، وهذا من خطأ الإمام .

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا ، فرجمه الإمام ، ثم أصابوه مجبوباً ، لم يحد

---

(١) في ز : بذلك كان ذلك .

(٢) في ز : الوجهين جميعاً .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقطت من ق و هـ و ز .

الشهود[1] ؛ إذ لا يحد من قال لمجبوب : يا زاني ، وعليهم الدية في أموالهم مع وجيع الأدب وطول السَّجن .

وإذا شهدوا على الحدود فماتوا ، أو غابوا[2] ، أو عموا ، أو أُخرسوا ، [أو جنوا][3] ، ثم زكوا بعد ذلك ، فليقم الإمام الحد إذا كان قد استقصى شهادتهم ، وكذلك الحقوق[4] .

[في صفة الرجم]

ولم يكن مالك يعرف أن البينة تبدأ بالرجم ، ثم الإمام ، ثم الناس ، وأنه[5] في الإقرار والحمل[6] يبدأ الإمام ثم الناس[7] .

---

(١) إنما لم يحد الشهود لأن الحد هنا على القذف ، والقذف بالزنا غير متجه إلى المجبوب ؛ لأنه لا آلة له يزني بها ، وإنما يعاقبون على الكذب ويدفعون دية من تسببوا في قتله .

(٢) في هـ : أو غابوا أو صموا .

(٣) سقطت من ق و هـ .

(٤) أي : وكذلك الحكم بالنسبة لشهادتهم على الحقوق .

(٥) في ز : إن كان .

(٦) في ق : أو الحبل .

(٧) أي لم يعرف ذلك في حديث صحيح ولا سنة معمول بها ، وهذا إشارة منه إلى أنه لم يصح عنده الحديث الذي رواه أبو داود بهذا المعنى في سننه برقم (٤٤٤٠، ٤٤٤١) كتاب الحدود ، والنسائي برقم (٧١٩٦، ٧١٩٧) كتاب الرجم ، وقد أخذ الإمام مالك بالروايات الصحيحة في حديث ماعز والغامدية عند البخاري ومسلم وفيهما أن النبي ﷺ أمر بهما فرجما ، ولم يرد فيهما أنه هو رجمهما . قال مالك : أقامت الأئمة الحدود ولم نعلم أحداً منهم تولاها بنفسه ، ولا ألزم البينة البداءة بالرجم . انظر : المدونة (٦/٢٤١)، منح الجليل (٩/٢٦٠-٢٦١)، التقييد (٦/٢٧١).

قال : وليأمر الإمام بالرجم في ذلك كله كسائر الحدود ، ولا يربط المرجوم ولا يحفر له ، وكذلك المرأة . وفي الحديث[1]: فرأيت الرجل يحني على المرأة ولو[2] كان في حفرة ما حنى عليها[3].

ويغسل المرجوم ويكفن ويصلى عليه ويدفن ، ولا يصلي عليه الإمام .

---

(١) يشير إلى حديث اليهوديين اللذين زنيا ، وقد رواه مالك في الموطأ (٨١٩/٢) كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم ، والبخاري (٦٨٤١) كتاب الحدود ، باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ، ومسلم (١٦٩٩) كتاب الحدود ، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا ، ونصه في الموطأ عن مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال : جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : « ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ؟» فقالوا : نفضحهم ويجلدون ، فقال عبد الله بن سلام : كذبتم ، إن فيها الرجم ، فائتوا بالتوراة فنشروها ، فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، ثم قرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم ، فقالوا : صدق يا محمد فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما . قال عبد الله بن عمر : فرأيت الرجل يحني على المرأة يقيها الحجارة .

(٢) في ز : على المرأة يقيها الحجارة فلو .

(٣) هذا رد منه للحديث الذي روي في الحفر للمرجوم ، وقد رواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود برقم (٤٤٤٠) والنسائي في سننه في كتاب الرجم برقم (٧١٩٧) من حديث أبي بكرة وفيه : « فأمر بها فحفروا لها حفرة فجعلت فيها إلى صدرها » وهو نفسه الحديث الذي فيه أن الإمام يبدأ بالرجم في حالة الحمل والإقرار الذي تقدم تخريجه قبل قليل ، وتقدم أن الإمام مالك لم يأخذ به ولم يصح عنده وقدم عليه الأحاديث الصحيحة المتفق عليها .

[في المرأة تدعي أنها زنت مع من يدعيها زوجته ، وزنا الكبير بالصبية ، وزنا المرأة بصبي أو مجنون]

وإذا قالت امرأة : زنيت مع هذا الرجل ، وقال الرجل : هي زوجتي ، وقد وطئها ، أو وجدا في بيت فأقرا بالوطء وادعيا النكاح ، فإن لم يأتيا ببينة حُدا .

ومن زنى بصغيرة يوطأ مثلها ولم يحصن[١] ، فعليه الحد .

وإن زنت امرأة بصبي مثله يجامع إلا أنه لم يحتلم[٢] ، فلا حد عليها . وإن زنت بمجنون ، فعليها الحد . ويحد قاذف المجنون .

[في الزنا بالذمية والمجنونة والنائمة والمغصوبة والمرهونة]

وإن زنى مسلم بذمية ، حُدّ ، وردت هي إلى أهل دينها ، وإن شاءوا رجمها لم أمنعهم .

ومن زنى بمجنونة لا تعقل ، أو أتى نائمة[٣] ، أو اغتصب امرأة ، فعليه الحد والصداق لكل واحدة منهن .

ومن وطئ أمة بيده رهناً ، وقال : ظننتها تحل لي ، حُدّ ، ولا يعذر بذلك أحد[٤] ، ولا العجم إذا ادعوا الجهالة .

---

(١) في ق : تحصن . وفي هـ و ز : تحض .

(٢) في ك : يجامع مثله ولم يبلغ .

(٣) في هـ : أو بنائمة .

(٤) في ك : بجهل ذلك .

ولم يأخذ مالك بالحديث[1] الذي قالت : « زنيت بمرغوس[2] بدرهمين »، وأرى أن يقام الحد في هذا .

[فيمن اشترى حرة وهو عالم ، وصفة الضرب في الحدود]

ومن اشترى حرة وهو يعلم بها ، فأقر أنه وطئها ، حُدّ .

ويضرب المحدود في الزنا والخمر والقذف [على ظهره ، ويجرد الرجل في الحد والنكال ، ويكشف ظهره بغير ثوب ، ويقعد ولا يقام ولا يمد][3]، وتجلد المرأة

---

(١) رواه الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج ، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٢٣٨/٨) من طريقه وهو في الكنز برقم (١٦٦٤) ، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٤٠٣/٧ - ٤٠٤) برقم (١٣٦٤٤) ، وفيه أن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أعتق من صلى من رقيقه وصام ، وكانت له نُوبِيّة قد صلت وصامت ، وهي أعجمية لم تفقه ، فلم يرع إلا حبلها ، وكانت ثيباً فذهب إلى عمر بن الخطاب فزعاً فحدثه ، فقال عمر : لأنت الرجل لا يأتي بخير ، فأفزعه ذلك فأرسل إليها فسألها فقال : حبلت ؟ قالت : نعم من مرغوس بدرهمين ، وإذا هي تستهِّل بذلك لا تكتمه ، فصادف عنده علياً وعثمان وعبد الرحمن بن عوف ، فقال : أشيروا عليّ ، وكان عثمان جالساً فاضطجع ، فقال علي وعبد الرحمن بن عوف : قد وقع عليها الحد ، فقال : أشر عليّ يا عثمان ، فقال : قد أشار عليك أخواك ، فقال : أشر عليّ أنت ، قال عثمان : أراها تستهل به كأنها لا تعلمه ، وليس الحد إلا على من علمه ، فأمر بها فجلدت مائة ثم غربها ، ثم قال : صدقت ، والذي نفسي بيده ما الحد إلا على من علمه .

(٢) في ك و ز : لمرغوش . ومرغوس - بفتح الميم وسكون الراء وضم الغين المعجمة وآخره سين مهملة - قيل : هو اسم عبد أسود مُقْعَد ، كانت تختلف إليه هذه الجارية فأعطاها درهمين وفجر بها . وقيل : مرغوس يعني أسود . وقيل مرغوس يعني : درهمين ، فدرهمان تفسير له ، قال الزرويلي : وهو ضعيف . انظر : التقييد (٢٧٣/٦)، مختار الصحاح (١٦٤)، التقييد (٢٧٤/٦) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ز .

وتقعد ، ولا تجرد مما لا يقيها الضرب ، وإن جعلت على ظهرها ما يقيها الضرب ، من لَبد ونحوه ، نُزع .

وبلغ مالكاً أن بعض الأئمة أقعد امرأة للجلد[1] في قفة[2] ، فأعجبه ذلك .

وصفة الجلد في الزنا والشرب والفرية والتعزير واحد ، ضرباً بين الضربين ، ليس بالمبرح ولا بالخفيف . ولم يحد مالك ضم الضارب يده إلى جنبه .

ولا يجزئ في الحدود الضرب بقضيب ، ولا بشراك ، ولا درة[3] ، ولكن بالسوط . وإنما كانت درة عمر للأدب . فإذا وقعت الحدود ، قَرَّبَ السوط .

[في الذي يدعوه الإمام إلى تولي تطبيق الحد]

وإذا دعاك إمام عادل عارف بالسنة ، إلى قطع يد رجل ، أو رجله ، في سرقة ، أو إلى قطع أو قتل في حرابة ، أو إلى رجم في زنا ، وأنت لا تعلم صحة ما قضى به إلا بقوله ، فعليك طاعته ، فأما الجائر فلا ، إلا أن تعلم صحة ما أنفذ[4] ، وعدالة البينة ، فعليك طاعته لئلا تضيع الحدود .

---

(١) في ك : للحد .

(٢) القفة : ما يتخذ من خوص كهيئة القرعة تضع فيه المرأة القطن ونحوه ، قال في المعجم الوسيط : وهو المقطف الكبير . قال الزرويلي : وتجعل فيها التراب عندما تقعد فيها المرأة . انظر : المصباح (٥١١) ، المعجم الوسيط (٧٥٢/١) ، التقييد (٢٧٣/٦) .

(٣) القضيب : الغصن المقطوع ، والشراك : السير أو الحبل ، والدرة : السوط الصغير الذي يؤدب به الصبيان ، وهي غير مخروزة . انظر : المصباح (٥٠٦) .

(٤) في ز : من الحدود .

[في صفة الشهادة على الزنا والشهادة على الشهادة فيه وما يقبل من ذلك وما لا يقبل]

[1] ووجه الشهادة في الزنا : أن يأتي الأربعة الشهداء في وقت واحد ، فيشهدوا[2] على وطء واحد ، في موضع واحد ، بصفة واحدة ، فبهذا تتم الشهادة .

قال : ويسألهم الإمام كيف رأوه ؟ فإن وصف ثلاثة الزنا ، وقال الرابع : رأيته بين فخذيها ، حُدّ الثلاثة للقذف وعوقب الرابع ، ولو لم يبينوا كيف رأوه ، وقالوا : لا نزيدك على هذا[3] ، لم يحد المشهود عليه ، وحُدّ الشهود حد القذف ، وإن شهد رجلان أنه زنى بها في قرية كذا ، وشهد اثنان أنه زنى بها في قرية أخرى ، لم يجز[4] ذلك ، ويحد الأربعة للقذف ، وكذلك كل ما شهدوا به في الزنا من فعلين مختلفين .

وتجوز الشهادة على الشهادة في الزنا ، مثل أن يشهد أربعة على شهادة أربعة ، أو اثنان على شهادة اثنين ، واثنان على شهادة اثنين [آخرين][5] ، فتتم الشهادة .

ولو شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة أربعة ، لم يجز ذلك[6] ، ويحد الشهود

---

(١) في هـ : قال ابن القاسم .

(٢) في ز : فيشهدون . وفي هـ : يشهدون . ولعل ثبوت النون فيه على الاستئناف .

(٣) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : لم تجز الشهادة على هذا و .

(٤) في ز : يحد .

(٥) في ز : آخر . وسقطت من ق و هـ ، والمثبت من ز .

(٦) في ز : لم يحد ذلك الرجل .

للقذف ، إلا أن يقيموا أربعة سواهم على شهادة أربعة أشهدوهم ، فلا يحدوا . ويحد الزاني أو[1] يرجم .

ولو شهد ثلاثة على شهادة ثلاثة ، وواحد على شهادة واحد ، لم يجز[2] حتى يشهد على الواحد اثنان . وكذلك إن شهد ثلاثة على رؤية أنفسهم ، وواحد على شهادة واحد ، لم تتم الشهادة ، ويحد الشهود للقذف حتى يشهد اثنان على شهادة الرابع ، فتتم الشهادة حينئذ ، ويحد المشهود عليه إذا كانت شهادتهم كلها على وطء واحد ، في موضع واحد كما وصفنا .

ومن قال لرجل : سمعت فلاناً يشهد أنك زان ، أو يقول لك فلان : يا زاني ، فإنه يحد إلا أن يقيم بينة على قول فلان .

ومن سمع رجلاً يقذف رجلاً غائباً ، فليشهد له إن كان معه غيره .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ومن مرّ برجلين يتكلمان في أمر ، فسمع منهما شيئاً ولم يشهداه ، ثم طلب أحدهما تلك الشهادة ، فلا يشهد له .

قال ابن القاسم : إذ قد يكون قبله أو بعده كلام لا تتم الشهادة أو تسقط إلا به ، ولا يجيز القاضي شهادة مثل هذا إلا أن يستوعب كلامهما من أوله [إلى آخره][3] ، فليشهد وإن لم يشهداه . قيل لمالك ـ رحمه الله ـ : فمن شهد[4] بين رجلين في حق فنسي بعض الشهادة وذكر بعضها ؟ فقال : إن لم يذكرها كلها فلا يشهد . قيل له :

---

(١) في ق : و .

(٢) في ز : لم تتم الشهادة .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ق و هـ .

(٤) في ك : قال مالك ـ رحمه الله ـ : ومن شهد .

فرجلان تنازعا في أمر فأدخلا بينهما رجلين على ألا يشهدا بما سمعا منهما فيتقـارران[1] ثم يفترقان فيتجاحدان ؟ قال : فليعذر الشاهدان إليـهما ولا يعجـلا ، فـإن تماديـا علـى الجحد فليشهدا عليهما .

[فيمن قذف رجلاً فلما ضرب أسواطاً قذف آخر ، والعفـو عـن القـاذف ورد شهادته]

ومن قذف رجلاً ، فلما ضرب أسواطاً قذف آخر ، أو قـذف الـذي يُجلـد لـه ، ابتدئ الجلد[2] عليه ثمانين من حين يقذفه ، ولا يعتد بما مضى من السياط .

ومن قذف رجلاً ، حُدّ[3] له ، ثم إن قذفه ، حد له ثانية .

ومن عفى عن قاذفه ، جاز عفوه ما لم يبلغ الإمام ، فإن عفـى عنـه علـى أنـه مـتى شاء قام بحده ، وكتب بذلك كتاباً ، وأشهد على ذلك ، فذلك له متى قام به[4] ، فإن مات كان لولده أن يقوم عليه بذلك الكتاب .

ولا تبطـل شـهادة القـاذف حـتى يحـد . وكذلـك إن عفـى عنـه ، فـإذا ضـرب ، سقطت شهادته حتى يحدث توبة [وخيراً][5].

---

(١) في ق و هـ : فيتقارا ثم يفترقا فيتجاحدا . ولعله تحريف من الناسخ ؛ لأنه لا وجـه لحـذف النـون هنا .

(٢) في ز : الحد .

(٣) في ق و ك : فحدّ .

(٤) في ز : متى شاء قام .

(٥) سقطت من ك .

[في اجتماع الحدود وخوف الإمام على المحدود من تنفيذها وقيام الأجنبي بالقذف]

ومن قذف وشرب خمراً سكر منه أو لم يسكر ، جُلد حداً واحداً .

وإذا اجتمع على الرجل مع حد الزنا حد قذف ، أو شرب خمر ، أُقيما عليه جميعاً ، ويجمع ذلك الإمام عليه ، إلا أن يخاف عليه فيرى أن يفرق عليه الحدين ، فذلك إلى اجتهاده ، وكذلك المريض إذا خيف عليه من إقامة الحد ، فليؤخر .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وكذلك إذا خيف على السارق إن قطع في البرد ، فليؤخر .

قال ابن القاسم : والذي يضرب الحد في البرد عندي ، بمنزلة القطع في البرد إذا خيف عليه ، فليؤخره ويحبس . والحر بمنزلة البرد في ذلك .

وأحب إليّ[(1)(2)] أن يُبدأ بحد الزنا ؛ إذ لا عفو فيه ، واختلف في العفو في حد القذف بعد بلوغ الإمام ، فأجازه مالك مرة ، ثم رجع عنه[(3)].

---

(1) في هـ : وأحب إلي إن اجتمع الحدود .

(2) أحب هنا على بابها ، فإن البدء بحد الزنا أمر مستحب وليس بواجب . انظر : التقييد (٦/٢٧٧).

(3) والمشهور في المذهب قوله الأخير الذي رجع إليه أنه لا يجوز للمقذوف العفو في الحد إذا بلغ الإمام إلا إذا كان المقذوف يريد بالعفو الستر على نفسه من شهرة نسبة ما قذف به إليه أو ثبوته عليه ـ كما سيأتي للإمام مالك في كتاب القذف ـ أما إذا أراد بالعفو الشفقة على قاذفه أو جبر خاطر من شفع عنده في العفو فلا يجوز بعد بلوغ الإمام ولا يسقط به الحد ، لما ورد في الحديث من قول النبي ﷺ لصفوان لما أراد أن يشفع في الذي سرق رداءه وقد أتى به : « هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به ؟» رواه أحمد في المسند (٦/٤٦٦)، وأبو داود في السنن (٤٣٩٤)، =

ومن عفا عن قاذفه ، لم يكن لغيره أن يقوم بحده ، وإن رفع القاذف إلى الإمام أجنبي غير المقذوف ، لم يمكَّن من ذلك ولا يحد له ؛ لأن هذا لا يقوم به عند الإمام إلا صاحبه .

[في إقامة حد الزنا على المرأة ، وكيف لو كانت حاملاً وبم يثبت عليها الزنا من حمل أو شهادة]

ولا تجلد البكر الحامل في الزنا حتى تضع وتستقل من نفاسها ؛ لأنه مرض .

ولو كانت محصنة أمهلت حتى تضع ، فإذا وضعت حُدّت ولم تؤخر ، وهذا إذا وجد للمولود من يرضعه ، وإن لم يوجد [أو لم يقبل غيرها][1]، أُخّرت حتى ترضع ولدها لخوف هلاكه .

وإذا زنت امرأة ، فقالت : إني حامل ، فكيف إن قالت البينة : [إنا][2] رأيناها تزني منذ شهرين ، أو ثلاثة أشهر ، أو أربعة فإنه ينظر إليها النساء ، فإن صدقنها لم يعجل عليها ، وإلا حُدّت[3].

= والنسائي في السنن (٦٨/٨)، والطحاوي في مشكل الآثار (١٣٢/٣)، وإلى القول المشهور في المذهب أشار خليل بقوله : « والعفو قبل الإمام أو بعده إن أراد ستراً » ، ومفهوم قوله : « أو بعده إن أراد سترا » أنه إن لم يرد ستراً فلا عفو بعد بلوغه للإمام . انظر : مختصر خليل (٢٧٢)، منح الجليل (٢٨٩/٩) .

(١) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٢) سقطت من ق .

(٣) هذه المسألة وردت في المدونة بصفة السؤال والجواب ، وكذلك أوردها البرادعي هنا ، إلا أنه حذف منها القول ، فحصل فيها لبس ، وهي في المدونة هكذا : « قلت : أرأيت امرأة زنت فقالت : أنا حبلى ، أيعجل عليها بالرجم أو بالجلد أم لا في قول مالك ؟ وكيف إن كان =

وإذا شهد عليها بالزنا أربعة عدول ، فقالت : إني عذراء ، أو رتقاء[1] ، ونظر النساء إليها فصدقنها ، لم ينظر إلى قولهن ، وأقيم عليها الحد ؛ لأنه قد وجب ، ألا ترى أن البكر إذا أنكر زوجها الوطء بعد إرخاء الستر ، وادعته ، وشهد النساء أنها بكر ، أن قولهن لا يقبل وتصدق المرأة . ولا يُكشف الحرائر على مثل هذا[2] .

وإذا شهدت بينة على امرأة أنها زنت منذ أربعة أشهر ، والزوج غائب منذ أربعة أشهر ، وادعت هي الحمل وصدقها النساء في الحمل ، فأخرت حتى وضعت ، ثم رجمت ، ثم قدم الزوج فنفى الولد وادعى الاستبراء ، فإن كانت المرأة [قالت][3] قبل أن ترجم : ليس الولد منه ، وقد استبرأني ، نفى الولد بلا لعان ؛ لأن مالكاً قال فيمن ظهر بامرأته حملٌ قبل البناء فنفاه ، وصدقته هي أنه من زنا ، وأنه لم يطأها ، فإنه ينفي بلا لعان وتحد هي ، وإن كانت بكراً جُلدت وبقيت له زوجة إن شاء طلق أو أمسك ، وإن لم تذكر المرأة قبل موتها الاستبراء في المسألة الأولى ، ولم تقل شيئاً ، وادعى الزوج الاستبراء ونفى الولد ، فلا ينفيه هاهنا إلا بلعان . وكذلك لو نفاه ولم يدع الاستبراء ، فإنه يلتعن وينفي الولد .

= الشهود بالزنا أربعة عدول شهدوا أنهم رأوها تزني منذ شهرين أو ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر فقالت : أنا حبلى فلا تعجلوا عليّ ؟ قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، ولكن أرى أن ينظر إليها النساء ، فإن كانت على ما قالت لم أعجل عليها ، وإلا أقيم عليها الحد » . المدونة (٦/٢٥٠) .

(١) تقدم معنى العذراء والرتقاء في كتاب النكاح في الجزء الثاني .

(٢) في ك و هـ و ز : ولا تكشف الحرائر عن مثل هذا . زاد في المدونة : ولا تُرى الحرة في مثل هذا . والمعنى ـ والله أعلم ـ أن هذا ليس مبرراً شرعياً للكشف عن عورات الحرائر المحفوفات بالصون والستر ، ولا يكشف عنهن إلا لضرورة ملحة .

(٣) سقطت من ك و ز .

قيل : أليس من قول مالك : من لم يدع الاستبراء فنفى الولد ، ضرب الحد وألحق به الولد ؟ قال : لا ، ولكن قال مالك : إذا رأى الرجل امرأته تزني وقد كان يطؤها قبل الرؤية ، لاعن ونفى الولد ، إلا أن[1] يطأ بعد الرؤية فيلحق به الولد ، ويحد ، وإن لم يطأ بعد الرؤية[2] إلا أنها كانت حاملاً يوم قال : رأيتها تزني ، فإنه يلاعن ويلحق به الولد إذا كان حملها يومئذ بيناً مشهوداً عليه ، أو مقراً به قبل ذلك ؛ لأنه لم ينتف[3] من الحمل ، فإن لم يلتعن[4] صار قاذفاً ولحق به الولد .

[في حد العبد وطلاقه قبل العتق وبعده]

وحد العبد في الخمر والسكر والفرية ، أربعون جلدة ، وإذا زنى العبد ، أو قذف ، أو شرب خمراً ، ثم قامت بينة أنه أعتق قبل ذلك ، فإنه يكون له وعليه حكم الحر في ذلك كله ، وفي القصاص بينه وبين الحر .

وإن قد كان طلق زوجته تطليقتين بعد العتق ، جعلت له عليها الثالثة ، علم العبد في ذلك كله بعتقه ، أو لم يعلم ، كان السيد مقراً بالعتق أو منكراً .

وأما القول في خدمته وغلته ، فمذكور في كتاب العتق[5] .

---

(١) في ك و ز : إلا أن يكون .

(٢) في هـ : لم يطأها بعده .

(٣) في هـ : كأنه لم ينتف .

(٤) في هـ : فإن لم ينتف من الحمل .

(٥) وقد تقدم في الجزء الثاني ، وانظر منه (ص ٥٢١) .

[في تظالم أهل الذمة فيما بينهم ، وفيما بينهم وبين المسلمين]

وما تظالم أهل الذمة فيه بينهم من قطع جارحة ، أخذ ذلك من بعضهم لبعض .

وإن قتل ذمي ذمياً ، قُتل به ، وإن سرق ذمي من مسلم أو ذمي ، قطع ، ولا يقبل في شيء من ذلك إلا شهادة المسلمين .

[في الرجل يفضي[1] زوجته أو أمته أو يغتصب حرة أو يزني بها فيفضيها]

ومن دخل بزوجته البكر ، فأفضاها ومثلها يوطأ ، فماتت من جماعه ، [فإن علم أنها ماتت من جماعه][2] فديتها على عاقلته ، وإن لم تمت فعليه ما شانها بالاجتهاد في ماله ، وتبقى له زوجة ، إن شاء طلق أو أمسك . فإن بلغ الاجتهاد في ذلك ثلث الدية فأكثر ، كان على العاقلة ، وقد جعل فيها بعض الفقهاء ثلث الدية على عاقلته[3] ، ونحا ناحية الجائفة[4] .

وإن وطئ أمته فأفضاها ، لم تعتق عليه إذ لم يقصد به إلى المثلة ، كالأدب يؤول إلى المثلة .

وإن زنى بامرأة فأفضها ، فلا شيء لها إن أمكنته من نفسها ، وإن اغتصبها ، فلها

---

(١) الإفضاء : خلط مخرج البول مع مخرج الولد حتى يصيرا شيئاً واحداً ، يقال : أفضاها يفضيها إفضاء فهي مفضاة . انظر : منح الجليل (١٢٣/٩) ، المصباح (٤٧٦) ، القاموس (١٣٢١) .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) قال بذلك من الفقهاء قتادة ، وقاله أبو حنيفة فيما إذا كان بولها يستمسك ، فإن كان لا يستمسك فعليه عنده الدية كاملة . انظر : الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١٧٨/٢) ، ومصنف عبد الرزاق (٣٧٨/٩) باب الإفضاء .

(٤) الجائفة هي التي تصل إلى الجوف ، وهي من أنواع الشجاج التي هي جروح الوجه والرأس ، وسيأتي في كتابي الجراح والديات أن فيها ثلث الدية . انظر : بداية المجتهد (١٦٩٠/٤) .

الصداق مع ماشانها جميعاً ، كمن أوضح[1] رجلاً فسقطت عينه من ذلك ، فعليه دية الموضحة ودية العين جميعاً ، ولا يدخل بعض ذلك في بعض .

[في وطء المرأة في دبرها والزنا بالصغيرة وقذفها ووطء المولي في الدبر ودون الفرج]

ومن وطئ امرأة في دبرها [زناً][2] ، ففيه الحد ، وهو وطء يغتسل منه ، وقد جعله الله وطئاً ، فقال تعالى : ﴿ إنكم لتأتون الفاحشة ﴾[3] .

ومن زنى بصغيرة لم تحض طائعة ، ومثلها يوطأ ، فحد ثم قذفها رجل بعد أن بلغت ، فإنه يحد ؛ لأن ما فعلته في الصبا لم يكن زناً .

ومن قذفها [بالزنا][4] وهي لم تبلغ المحيض[5] ومثلها يوطأ ، فعليه الحد .

ولا يحد من قذف صبياً لم يحتلم ، وإن كان مثله يطأ .

ومن آلى من امرأته فجامعها في دبرها ، [فقد][6] حنث وسقط عنه الإيلاء ، وتلزمه الكفارة . قيل : أيسقط عنه الإيلاء وهو لم يكفر ؟ قال : نعم ؛ لأن هذا عند مالك جماع لا شك فيه ، إلا أن يكون نوى الفرج بعينه حين حلف ، فلا تلزمه كفارة في الدبر ، وهو مول بحاله .

---

(١) أوضحه أي : شجه في وجهه أو رأسه شجة توضح اللحم ، أي تكشف عن العظم ، وتسمى جنايته حينئذ موضحة ، وهي من أنواع الشجاج كما سيأتي . انظر : بداية المجتهد (١٦٩٠/٤) .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سورة العنكبوت ، الآية (٢٨) .

(٤) سقطت من ق .

(٥) في ك : وهي لم تحض .

(٦) سقطت من ق .

وإن وطئها المولي فيما دون الفرج ولا نية له ، فعليه الكفارة ، ويسقط عنه الإيلاء إذا كفّر ؛ لأنه لو كفّر قبل أن يطأ لسقط عنه الإيلاء ، فكيف إذا كفّر للإيلاء . وفي كتاب الإيلاء هذا المعنى[١].

[في الكفار يعلنون الزنا وشرب الخمر]

وإذا زنا الكافران ، لم يحدّا ، ورُدّا إلى أهل دينهما .

وإن أعلنوا الزنا وشرب الخمر فلينكلوا[٢]، فأما إن وجدوا على ذلك ولم يعلنوه ، فلا [٣].

[في الشهود يتعمدون النظر إلى الزانيين ، وفيمن قذف رجلاً لا يُعرف برق ويدعي الحرية]

قيل : فإن شهد أربعة على رجل بالزنا ، فقالوا : تعمدنا النظر إليهما لتثبت الشهادة ؟ فقال : وكيف يشهد الشهود إلا كذا .

فإن قال المشهود عليه : هم عبيد ، وقال الشهود : نحن أحرار ، فهم على قولهم أنهم أحرار ، والبينة عليه[٤].

وأصل الناس عند مالك الحرية حتى يثبت رقهم .

ومن قذف رجلاً لا يعرف برق وهو يدعي الحرية ، وقال القاذف : بل هو عبد ، فهو على الحرية ، ومن يعرف الشامي والبصري والإفريقي في

---

(١) وقد تقدم كتاب الإيلاء في الجزء الثاني .

(٢) وردت هذه الجملة كلها في ك بصيغة التثنية ، أعلنا ، نكلا ، وجدا .

(٣) في هـ و ز : فلا شيء عليهم .

(٤) في ز : عليه أنهم عبيد .

المدينة ؟[1] فأرى أن يحد له ، إلا أن يأتي ببينة على رقه ، فإن ادعى بذلك بينة قريبة ، لم يعجل عليه ، وإن كانت بعيدة جلد الحد ولم يلتفت إلى قوله ، ثم إن أقام تلك البينة بعد الضرب زالت عنه جرحة الحد ، وجازت شهادته ، ولا يكون له من أرش الضرب شيء .

[في إقرار القاضي بالجور ، وإقامة السيد الحد على عبده]

وإن أقر القاضي أنه رجم ، أو قطع الأيدي ، [أو زنى][2] تعمداً للجور ، أقيد منه .

ولا بأس أن يقيم السيد على مملوكه حد الزنا والقذف وحد الخمر . وأما السرقة فلا ، وإن شهد بها عند السيد عدلان سواه ، ولا يقيمها على العبد إلا الوالي .

فإن قطعه السيد دون الوالي ، وكانت البينة عادلة وأصاب وجه القطع ، عوقب ، ولا يحد السيد عبده في الزنا إلا بأربعة شهداء سوى السيد ، فإن كان السيد رابعهم ، فلا يحده ، وليرفعه إلى الإمام ، فيقيم الإمام عليه الحد ، ويكون السيد شاهداً ، ألا ترى أن الإمام إذا شهد على حد فلم تتم الشهادة إلا به ، أنه لا يقيم الحد في ذلك ، ولكن يرفعه إلى من فوقه[3] ، فيقيمه ويكون هو شاهداً .

---

(١) هكذا وردت هذه الجملة في المدونة على سبيل الاستفهام الإنكاري . والمعنى أن المقذوف هنا ليس مطالباً بإثبات حريته بالبينة ؛ لأن الأصل فيه الحرية حتى يثبت رقه ، ولأننا لو طلبناه بالبينة لتعذر عليه ذلك لا سيما إذا كان في بلد آخر غير بلده ، فإنه لا يعرفه أحد ، كالبصري والشامي والإفريقي في المدينة المنورة ، فإنه لا أحد من أهل المدينة يعرف حريته من رقه ، فكيف يأتي ببينة من أهل المدينة ؟ .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ز : إلى من هو فوقه إن كان فوقه أحد .

وإن شهد على العبد سيده وأجنبي أنه سرق ، وهما عدلان ، قطع الإمام يده ، ولا يقطعه سيده دون الإمام[1].

ومن زنت جاريته ولها زوج ، فلا يقيم عليها الحد ، وإن شهد عليها أربعة سواه حتى يرفع ذلك إلى الإمام .

ولا يقيم الرجل على عبده[2] قصاصاً ، حتى يرفعه إلى الإمام .

[وكذلك إذا كان له عبدان فجرح أحدهما صاحبه ، فلا يقتص منه حتى يرفعه إلى الإمام][3].

وقال ناس[4]: إذا كان العبدان له ، فلا قصاص بينهما ؛ لأن ماله جرح ماله ، وأبى ذلك مالك .

[فيمن لا تجوز شهادته ، وتجريح الشهود]

ولا تجوز شهادة آكل الربا ، أو شارب الخمر ، أو لاعب بالحمام إذا كان يقامر عليها ، ولا شهادة من يعصر الخمر ويبيعها ، وإن كان لا يشربها .

وإذا طلب المشهود عليه تجريح البينة ، أُمكن من ذلك ، فمن أقام البينة عليه بشيء أنه فيه ، مما لو شُهد عند القاضي [ابتداءً فعلمه القاضي][5] منه ، أبطل به شهادته ، كان ذلك له تجريحاً .

---

(١) في ك : حتى يرفع ذلك إلى الإمام .

(٢) في ز : غيره .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ و ز ، والمثبت من ق و ط .

(٤) ممن قال بذلك سفيان الثوري والشعبي والنخعي وأبو حنيفة . انظر : الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٠١/٢) .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

وإذا ادعى الخصم بينة بعيدة في التجريح ، لم ينتظر ؛ لأن الحق قد وجب [عليه][1].

وإنما يتلوم له القاضي في التجريح بقدر ما يرى ، فإن جرحهم وإلا أمضى الحكم عليه .

وإن جرح واحداً من شهود الزنا وهم أربعة ، حُدّ جميعهم حد الفرية .

ومن شهدت عليه بينة بالزنا فقذفهم ، حُدّ للزنا ، وحُد لقذفهم حد القذف ، ولا تبطل شهادتهم بالزنا لطلبهم حد القذف منه .

[في شهادة الإمام ، وكتاب القاضي إلى القاضي ، ومن يحق له إقامة حد القتل من الولاة]

وإذا شهد الإمام على حد ، رفعه إلى من فوقه ، فإن لم يكن فوقه أحد ، رفعه إلى قاضيه وشهد عنده .

وإذا كتب قاض [إلى قاض][2] بما ثبت عنده من شهادة على رجل في حد ، أو قصاص ، أو حق سواه ، [أو بقضاء][3] أنفذه في ذلك كله ، فثبت عند المكتوب إليه أن هذا كتاب القاضي الذي كتب إليه وطابعه ، أو[4] كان فيه طابع فانكسر ، أو ثبت [أنه][5] كتابه ولا طابع فيه ، فذلك سواء ، وينبغي لهذا الذي جاءه الكتاب

---

(١) سقطت من ك و هـ و ز .

(٢) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٤) في هـ : إن .

(٥) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

إنفاذ ما فيه ، فإن عُزل المكتوب إليه ، أو مات ووصل الكتاب إلى من ولي بعده ، فلينفذه ، وكذلك إن عُزل الذي كتب به [إليه][1] ، أو مات قبل وصوله أو بعده ، فلينفذه من وصل إليه .

وإن لم تشهد البينة على ما في كتاب القاضي ، لم يلتفت إلى طابعه .

ولا ينبغي أن يقيم الحدود في القتل ولاة المياه[2] ، وليجلب إلى الأمصار ، ومصر كلها لا يقام القتل فيها إلا بالفسطاط[3] ، أو يكتب إلى والي الفسطاط ، فيكتب إليه[4] [يأمره بإقامة ذلك][5] . والله الموفق .

* * *

---

(١) سقطت من ق و ز .

(٢) ولاة المياه : هم الذين يأخذون الزكاة من الناس ، سموا بذلك لأنهم إنما يخرجون عند اجتماع الناس للمياه . انظر التقييد (٦/٢٨٣) .

(٣) الفسطاط : مدينة عمرو بن العاص في مصر التي فيها جامعه . وبعضهم يقول : كل مدينة جامعة هي فسطاط . انظر : المصباح (٤٧٣) .

(٤) قال الزرويلي : هذا بخلاف زماننا اليوم ؛ لأن كل واحد من قضاة البلاد عندنا إنما هو مولى من قبل السلطان . التقييد (٦/٢٨٣) .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً دائماً أبداً

﴿ كتاب القطع في السرقة[1] ﴾

[في كشف البينة عن السرقة ، وما يقطع فيه]

[2] وينبغي للإمام إذا شهدت عنده بينة على رجل ، أنه سرق ما يقطع في مثله ، أن يسألهم عن السرقة ما هي ؟ وكيف هي ؟ ومن أين أخذها ؟ وإلى أين أخرجها ؟ كما يكشفهم عن شهادتهم على رجل بالزنا ، فإن كان في ذلك ما يدرأ الحد به ، درأه .

ومن سرق ذهباً وزنه ربع دينار ، قُطع وإن كانت قيمته درهماً واحداً ، وإن لم يبلغ وزنه ربع دينار ، لم يقطع وإن ساوى ثلاثة دراهم فأكثر ، وكذلك من سرق فضة نظر إلى وزنها دون قيمتها من الذهب ، وإنما يقوّم غير الذهب والفضة من سائر الأشياء ، فمن سرق عرضاً قيمته ثلاثة دراهم قُطع وإن لم يساو من الذهب ربع دينار . ولو ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم ، لم يُقطع .

وإنما تُقوّم الأشياء[3] بالدراهم ، وصرف الدينار في حد القطع والدية اثنا عشر درهماً[4] ، ارتفع الصرف أو انخفض .

---

(١) السرقة : قال المازري هي : « أخذ المال على وجه الاستتار » وعرفها ابن عرفة بأنها : « أخذُ مكلف حراً لا يعقل لصغره ، أو مالاً محترماً لغيره نصاباً أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه » انظر : شرح حدود ابن عرفة (٧٠٩) .

(٢) في ك : قال . وفي هـ : قال ابن القاسم .

(٣) في هـ : الأشياء كلها .

(٤) بخلافه في الزكاة والجزية فقد تقدم معنا في الجزء الأول أن صرفه فيهما عشرة دراهم فقط وقد ثبت التفريق في صرفه من فعل عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كما تقدم ، انظر (ص ٣٩٦).

[في السارق يرفعه غير رب المتاع المسروق]

ومن سرق متاعاً سراً لرجل غائب فقام به أجنبي ، قُطع .

ولو قال السارق : رب المتاع أرسلني ، قُطع السارق وإن صدّقه ربه[1] أنه بعثه ، كان معه في بلد أو لم يكن .

وإن أُخذ في جوف الليل ومعه متاع ، فقال : فلان أرسلني إلى منزله فأخذت له هذا المتاع ، فإن عرف منه إليه انقطاع وأشبه ما قال ، لم يقطع ، وإلا قطع ولم يصدق . وإذا لم يقم رب المتاع على السارق وتركه بعد أن أخذ منه السرقة ، أو لم يأخذها ، أو عفا عنه ، ثم رفعه بعد ذلك [بزمان][2] هو أو غيره إلى السلطان ، قطع .

وليس للوالي أن يعفو إذا انتهت إليه الحدود .

ولو قال رب المتاع : ما سرق مني شيئاً ، وشهدت بينة أنه سرق ، قُطع .

[في حبس السارق حتى تُزكى البينة وجرحها بعد التزكية وأداء الشهادة]

ويحبس السارق حتى تزكى البينة .

ولا يؤخذ في الحدود والقصاص كفيل ، فإن زُكُّوا أقام الحد ، غاب الشهود أو رب السرقة ، أو حضروا ، وكذلك إن زكوا بعد أن ماتوا أو عموا أو جنّوا أو خرسوا أنفذ الإمام الحد الذي شهدوا به من زنا أو سرقة . وكذلك الحقوق .

وإن ارتدوا أو فسقوا قبل الحكم ، لم يحكم بما شهدوا فيه وسقطوا .

---

(١) في ز : رب المتاع .

(٢) سقطت من ك و هـ .

وإذا ظهر منهم فسق ، أو أخذوا[1] يشربون خمراً ، وذلك بعد أن حكم الإمام بإقامة الحدود أو القصاص إلا أن ذلك لم يقم [بعد][2] ، فإن ذلك ينفذ ويقام الحد والقصاص ، وكذلك هذا في الحقوق ؛ لأنه حكم نفذ بالأمر به .

[في تفرقة الشهود وشهادة أهل الكفر]

وإذا شهدت البينة في الحدود ، لم يفرقهم الإمام إذا كانوا عدولاً مبرزين ، إلا أن يستنكر شيئاً[3].

ولا تجوز شهادة أهل الكفر في سرقة أو غيرها ، على مسلم أو كافر .

[في جماعة يتعاونون على إخراج السرقة]

وإن سرق جماعة ما تعاونوا[4] في إخراجه من الحرز لثقله ، قُطعوا كلهم ، وإن لم تكن قيمته إلا ثلاثة دراهم فأكثر . وكذلك إن حملوه على ظهر أحدهم في الحرز ثم خرج به إذا لم يقدر[5] على إخراجه إلا برفعهم معه ، ويصيرون كأنهم حملوه على دابة ، فيقطعون إذا تعاونوا على رفعه عليها لثقله أو لكثرته .

وإن حملوه على ظهر أحدهم وهو قادر على حمله دونهم ، كالثوب والصرة ، لم يقطع إلا الخارج [به][6] ، كما لو خرج به دون عونهم ، ولا يقطع من أعانه ،

---

(١) في ك : أو وجدوا .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في هـ و ز : الإمام شيئاً .

(٤) في ك : تعاونوا عليه .

(٥) في ك : خرج به عليه إذا لم يقدروا .

(٦) سقطت من هـ .

ولو خرج كل واحد منهم حاملاً لشيء دون الآخر ، وهم شركاء فيما أخرجوا لم يقطع إلا من أخرج منهم ما قيمته ثلاثة دراهم .

[فيمن سرق عرضاً من رجلين أو وديعة أو عارية أو إجارة أو سرق متاعاً فسرقه منه سارق ثم سرقه ثالث ، ومن قطع في متاع ثم سرقه]

ومن سرق عرضاً قيمته ثلاثة دراهم وهو لرجلين ، قُطع .

وإن سرق متاعاً ممن هو بيده وديعة أو عارية أو بإجارة ، قُطع ؛ لأنه حرز له .

[ومن سرق متاعاً ، فسرقه منه سارق ، ثم سرقه من السارق[1] سارق ثالث ، قُطعوا كلهم][2].

ومن سرق متاعاً ، فقطع فيه ، ثم سرقه ثانية ، قُطع أيضاً .

[في الزاني والقاذف يرفعهما أجنبي إلى السلطان]

ومن قام من الناس بسارق أو زان إلى الإمام ، أقام عليه الحد إذا ثبت ذلك عنده ، بخلاف القاذف يرفعه غير المقذوف هذا لا يحده حتى يحضر الطالب .

ولو سمع الإمام رجلاً يقذف رجلاً ومعه من تثبت شهادته عليه ، أقام عليه الإمام الحد .

ومن عفا عن قاذفه قبل بلوغ [الإمام][3]، لزمه ولا رجوع له في ذلك ، وكان

---

(١) في هـ و ز : الثاني .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق .

(٣) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

مالك يقول : في القذف العفو وإن بلغ الإمام ، وقاله عمر بن عبد العزيز[١] ، ثم رجع مالك ، فقال : لا عفو له إذا بلغ الإمام إلا أن يريد ستراً[٢] .

[في إقامة الحد على أهل الذمة وما لا يقطع في سرقته من طعامهم]

وإذا سرق الذمي قُطع ؛ لأن السرقة من الفساد في الأرض ، فلا يقروا عليها .

وأما إن زنى ، فلا يقام عليه الحد ، ويرد إلى أهل دينه ، ولا أمنعهم رجمه إن شاءوا .

ولا قطع في سرقة خمر أو نبيذ مسكر أو خنزير ، وإن كان لذمي سرقه مسلم أو ذمي ، إلا أن للذمي المعاهد قيمته على المسلم ، وكذلك على الذمي إذا حكمنا بينهما .

[في قيام البينة بالشهادة في السرقة والشفاعة في السارق ما لم يرفع أمره]

ولا يحل للبينة الكف عن الشهادة على السرقة إذا رفع السارق إلى الإمام ،

---

(١) انظر : المدونة (٦/٢٧٠) .

(٢) أي إلا أن يريد المقذوف بالعفو عن القاذف الستر على نفسه من شهرة نسبة ما قذف به إليه أو ثبوته عليه . وهذا القول الذي رجع إليه مالك هو القول المشهور المعتمد في المذهب ـ كما تقدم معنا في كتاب الحد في الزنا ـ ، وإليه أشار خليل بقوله : « والعفو قبل الإمام أو بعده إن أراد ستراً » ، قيل للإمام مالك : كيف يعلم الإمام ذلك ؟ قال : يسأل الإمام عن ذلك سراً ، فإن أخبر أن ذلك أمر قد سمع وأنه خشي أن يثبت عليه جاز عفوه . وفي الموازية عن الإمام مالك : معنى إرادة الستر مثل أن يكون المقذوف أقيم عليه الحد قديماً فيخاف أن يظهر ذلك عليه الآن . وقال ابن الماجشون : معنى إرادة الستر كون مثله يتهم بذلك فيكون ظهور ذلك عار عليه ، فأما العفيف الفاضل فلا يجوز عفوه . انظر : المدونة (٦/٢٧٠)، منح الجليل (٩/٢٨٩ ـ ٢٩٠) ، مختصر خليل (٢٧٢).

ولا بأس بالشفاعة [للسارق][1] إذا لم يعرف منه أذى للناس ، إذا كانت [تلك][2] منه زلة ما لم يبلغ الإمام أو الشرط أو الحرس ، فإذا بلغهم لم تجز الشفاعة .

وأما المعروف بالفساد فلا ينبغي أن يتشفع له أحد[3] ، ويترك حتى يحد .

وإذا عاينت البينة إخراج المتاع من البيت ولا يدرون لمن هو ، فلا يشهدوا[4] بملكه لرب البيت ، ولكن يؤدّون[5] ما عاينوا وعلموا . وتقطع يد السارق ويقضى بالمتاع لرب الدار ، وكذلك إن عاينوا أنه غصبه ثوباً . وكذلك يشهدون لبائع السلعة في فلس المبتاع أنه باعها منه ، ولا يقولوا[6] : إنها له حين باعها ، ولا يشهدوا في ذلك إلا بما عاينوا أو علموا .

[في السارق يدرك في الحرز وقد أخرج المتاع أو لم يخرجه]

وإذا جمع السارق المتاع وحمله ، فأُدرك في الحرز قبل أن يخرجه ، لم يقطع .

قيل : فإن أخرجه من البيت إلى الدار ، والدار مشتركة مأذون فيها ، والبيت محجور عن[7] الناس ؟ قال : قال مالك ـ رحمه الله ـ : يقطع إذا أخرجه من البيت إلى الدار[8] والدار مشتركة ؛ لأنه قد صيره إلى غير حرزه .

---

(١) سقط من ك و ز .

(٢) في هـ و ز : إنما .

(٣) في ق و هـ : يستشفع أحد . وفي ز : يشفع أحد .

(٤) في ك و هـ : فلا يشهدون .

(٥) في ق : يؤدوا .

(٦) في هـ : ولا يقولون .

(٧) في ك : على .

(٨) في ك : أخرجه إلى موضع من الدار .

[في السرقة من الدار المأذون فيها والمشتركة]

[قيل :][1] فإن كانت داراً مأذوناً فيها ، وفيها تابوت فيه متاع لرجل قد أغلقه ، فأتى رجل ممن أُذن له فكسره أو فتحه ، فأخرج المتاع منه ، فأُخذ بحضرة ما أخرج المتاع[2] من التابوت قبل أن يبرح به . قال : لا يقطع هذا ، وإن كان ممن لم يؤذن له لم يقطع أيضاً ؛ لأنه لم يبرح بالمتاع ولم يخرجه من حرزه .

وقد سئل مالك ـ رحمه الله ـ عن الضيف يسرق من بعض منازل الدار المغلقة عنه ؟ فقال : لا يقطع ؛ لأنه ائتمنه حين أدخله داره .

وقال مالك ـ رحمه الله ـ في بيت مغلق في دار مأذون فيها : إن السارق إذا أخرج من البيت شيئاً فأُخذ في[3] الدار ، لم يقطع ، فكذلك التابوت .

قال ابن القاسم : والدار المشتركة المأذون فيها إذا سرق رجل منها دواب من مرابطها[4] ، قطع . وكذلك لو كان لها مرابط معروفة في السكة ، فسرقها رجل من ذلك الموضع قطع ؛ لأن ذلك حرزها .

ومن احتلها[5] من مرابطها المعروفة لها فأخذها ، قُطع .

ولو نشر أحد ـ من أهل دار مشتركة مأذون فيها ـ ثوبه على ظهر بيته ، وبيته محجور عن الناس ، قُطع سارقه ، وإن نشره في صحن الدار ، لم يقطع إن كان سارقه

---

(١) سقطت من ق .

(٢) قوله : بحضرة ما أخرج المتاع ، أي وقت إخراجه المتاع .

(٣) في ك : من .

(٤) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : المربوطة المعروفة لها بأخذها .

(٥) احتلها : أي حلّ رباط الدواب من مرابطها .

من أهل الدار ، وإن كان من غيرها قُطع ، إلا أن تكون الدار مباحة لا يمنع منها أحد ، فلا يقطع سارقه ، كان من أهل الدار أو من غيرها .

[فيمن دخل الحرز فأخذ المتاع فناوله آخر خارج الحرز]

وإذا نقب[1] السارق فأدخل يده فأخرج الثوب[2] بقصبة أو عود ، قطع .

وإن دخل الحرز فأخذ متاعاً ، فناوله رجلاً [آخر][3] خارجاً من الحرز ، قُطع الداخل وحده ، أُخذ في الحرز أو بعد أن خرج . ولو خرج بالمتاع من حرزه إلى خارجه ، قُطع .

قال ابن القاسم : ولو أُخذ[4] في الحرز بعد أن ألقى المتاع خارجاً منه ، فقد شك فيه مالك بعد أن قال لي : يُقطع ، وأنا أرى أن يقطع[5].

ولو ربطه الداخل بحبل وجره الخارج ، قُطعا جميعاً . وإن ناول أحدهما المتاع لصاحبه وهما في الدار ، لم يقطع إلا من خرج به .

---

(١) نقب : بمعنى خرق . انظر : المصباح (٦٢٠) .

(٢) في ق و ز : فأخرجه .

(٣) سقطت من ق و ز .

(٤) قوله : « ولو أُخذ » أي السارق في الحرز قبل أن يخرج منه بعد أن ألقى المتاع الذي سرق خارجاً من الحرز .

(٥) وقد شهر ابن الحاجب القطع ، وعليه مشىٰ خليل في مختصره حين قال : « ولو لم يخرج هو » أي ولو لم يخرج السارق من الحرز . قال الدردير : فالمدار على إخراج النصاب ، دخل هو في الحرز أم لا ، خرج منه إذا دخل أم لا . انظر : منح الجليل (٩/٣٠٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٣٣٨)، مختصر خليل (٢٨٣) .

ولو قربه [أحدهما][1] إلى باب الحرز أو النقب ، فتناوله الخارج ، قُطع الخارج وحده ؛ إذ هو أخرجه ، ولا يقطع الداخل . ولو التقت أيديهما في المناولة في وسط النقب ، قُطعا جميعاً .

[في تحليف مدعي السرقة ، والسرقة من أفنية الحوانيت وسوق الغنم]

ومن شهدت عليه بينة أنه سرق هذا المتاع من يد هذا ، فقال السارق : حلّفوه أنه ليس لي ، فإنه يُقطع ويحلف له الطالب ويأخذه ، فإن نكل حلف السارق وأخذه .

ويقطع من سرق ما وضع في أفنية الحوانيت [للبيع][2] ، أو في الموقف للبيع وإن لم يكن هناك حانوت ، كان ربه معه أو لا ، سرقه في ليل أو نهار . وكذلك إن سرق شاة أوقفها ربها في سوق الغنم للبيع ، وهي مربوطة أو غير مربوطة ، فعليه القطع .

[فيما يعد حرزاً يوجب القطع وما لا يعد من نحو دار أو حانوت أو جرين أو حائط أو مراح أو حمام أو نحو ذلك]

ويُقطع من سرق من الحوانيت[3] ، والمنازلُ والبيوتُ والدور حرز لما فيها ، غاب أهلها أو حضروا . وكذلك ظهور الدواب .

---

(١) سقطت من ك و ز .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ك : الحوانيت والخزانة .

وإذا اجتمع في الجرين[1] الحب أو التمر ، وغاب ربه وليس عليه باب أو حائط ولا غلق ، قُطع من سرق منه .

ولا قطع في شيء من المواشي في مراعيها حتى يأويها المراح ، فإذا آواها المراح[2] - وإن كان مراحها إلى غير الدور وليس عليها حيطان ولا أغلاق - فعلى من سرق منها القطع وإن لم يبت معها أهلها ، كالدواب في مرابطها المعروفة ، وإن لم يكن دونها أبواب ولا غلق . والمتاع في الأفنية[3] للبيع ولا غلق على ذلك ولا معه أهله ، ففي ذلك القطع .

ومن سرق متاعاً من الحمام فإن كان معه من يحرزه ، قطع وإلا لم يقطع ، إلا أن يسرقه أحد لم يدخل الحمام [من][4] مدخل الناس من بابه ، مثل أن يتسور أو ينقب ونحو ذلك ، فإنه يقطع وإن لم يكن مع المتاع حارس .

ومن جر ثوباً منشوراً على حائط ، بعضه في الدار وبعضه خارج منها إلى الطريق ، أو سرق متاعاً من صنيع[5] ، لم يقطع .

---

(١) الجرين : البيدر الذي يداس فيه الطعام ، والموضع الذي تجفف فيه الثمار من تمر ونحوه ، والجمع جُرُن . انظر : مختار الصحاح (١٠١)، المصباح (٩٧) .

(٢) في ز : المراح قُطع .

(٣) في هـ : الأقبية .

(٤) سقطت من ز .

(٥) الصنيع : الطعام الذي يدعى إليه ، ويقال للعرس أيضاً ، والمراد به المكان الذي تجتمع فيه الناس لدعوة ما . انظر : التقييد (٦/٢٤٣)، المعجم الوسيط (١/٥٢٦) .

ومن أذنت له في دخول بيتك أو دعوته إلى طعامك فسرقك ، فلا قطع فيه ، وهذه خيانة .

[فيمن كابر بالسلاح ودخل ليأخذ المال وسرقة الحرة ومن فيها علقة رق والذمية والمستأمن]

ومن كابر رجلاً بسلاح أو غيره على مال له في زقاق ، أو دخل عليه حريمه في المصر ، حكم عليه بحكم الحرابة .

وإذا سرقت الحرة أو من فيها علقة رق أو ذمية ، قُطعت .

وإذا دخل الحربي بأمان فسرق قُطع ؛ لأنه لو قَتَل قتلتُه ، ولو تلصص قضي عليه بحكم الحرابة .

[في سرقة الأولاد والوالدين بعضهم من بعض وسرقة الزوجين وخدمهما بعضهم من بعض]

ولا يقطع الصبي إذا سرق ولا المجنون ولا المطبق ، وأما الذي يجن ويفيق : فإن سرق [في حال جنونه لم يقطع وإن سرق][1] في حال إفاقته قُطع [إلا أنه إن سرق في حال إفاقته فأُخذ][2] في حال جنونه ، استؤني به حتى يفيق[3] .

وإذا سرق أحد الأبوين من مال الولد ، لم يُقطع ، وكذلك الأجداد من قبل الأب

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من جميع النسخ عدا ق .

(٢) ما بين المعكوفتين ورد في مختلف النسخ بألفاظ مختلفة متحدة المعنى ، فاكتفيت بما في ق ولم أرَ إثقال الهامش بالفروق التي لا أثر لها .

(٣) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : ثم يقطع .

والأم ، أحب[1] إلي أن لا يُقطعوا ؛ لأنهم آباء ، ولأن الدية تغلظ على أب الأب إذا قتل ابن ابنه ولا يقتل . فإن قيل : إن الجد يقطع ؛ لأن نفقة ولد ولده لا تلزمه ، قيل له : فالأب لا تلزمه نفقة ابنه الكبير ولا ابنته الثيب ، وهو لا يقطع فيما سرق من أموالهما ولا يحد فيما وطئ من جواريهما فكذلك الجد لا حد عليه ولا قطع ولا نفقة[2].

وإن سرق الابن من مال أبيه[3] ، قُطع ، وإن زنى بجارية أبيه حُد .

وتقطع المرأة إذا سرقت من مال زوجها من غير بيتها التي تسكنه ، وكذلك إن سرق خادمها من مال الزوج من بيت قد حجره عليهم[4] ، أو سرق خادم الزوج من مال المرأة من بيت حجرته عليهم[5] .

[في سرقة الأب أو العبد مع أجنبي ، والرجل مع الصبي أو المجنون والشريك من شريكه وشهادة الإخوة في السرقة]

وإن سرق الأب مع أجنبي من مال الولد ما قيمته ثلاثة دراهم ، لم يقطع واحد منهما . وكذلك إن سرق منك رجل أجنبي مع عبدك ، أو مع أجيرك الذي ائتمنته على دخول بيتك ، لم يقطع واحد منهما ، وإن تعاونا في السرقة .

---

(١) « أحب » هنا بمعنى الوجوب ، أي الواجب ألا يقطعوا ، وهو الذي عليه المذهب ، خلافاً لأشهب الذي قال بقطعهم ؛ لأنهم لا شبهة لهم في ماله ، ولا نفقة لهم عليه ، وقد ردّ ابن القاسم هنا تعليل أشهب وأجاب عنه . انظر : المدونة (٦/٢٧٦)، التقييد (٦/٢٤٤) .

(٢) في هـ : ولا نفقة له .

(٣) في ز : أبيه ما قيمته ربع دينار .

(٤) في ز : عليهما . وفي ك : عليها .

(٥) في ز : حجرتها عليه .

وإذا سرق رجل مع صبي صغير أو مجنون ما قيمته ثلاثة دراهم ، قُطع الرجل .

وإذا سرق الشريك من متاع الشركة مما قد أغلق عليه ، لم يقطع ، وإن كانا أودعاه لرجل فسرقه أحدهما منه ، قُطع إن كان فيما سرق من حصة شريكه فضلٌ عن حصته ربع[(١)] دينار .

وشهادة الأخوين لأخيهما أن هذا الرجل سرق متاعه ، جائزة إذا كانا عدلين ، كالحقوق .

[في سرقة المكاتب على سيده والسيد على مكاتبه]

وإذا سرق المكاتب من مال سيده ، أو سرق السيد من مال مكاتبه أو من مال مكاتب ابنه أو من عبد[(٢)] ، لم يقطع .

[في قدر ما يقطع فيه وصفته وحرزه]

ومن سرق ما قيمته ثلاثة دراهم من الطعام الذي لا يبقى في أيدي الناس ، مثل : اللحم والبطيخ والقثاء وشبهه ، قُطع . والأترجة[(٣)] التي قطع فيها[(٤)] عثمان بن عفان ـ رضي الله تعالى عنه ـ ، كانت تؤكل .

---

(١) في هـ : يرجع . وفي ز : شريكه ما قيمته ربع دينار فضل عن حصته .

(٢) في ق و هـ و ز : عبد ابنه .

(٣) الأترجة واحدة الأترج ، نوع من النبات وهو فاكهة ، منه ما هو حلو ومنه ما هو حامض ، له فوائد كثيرة ، وهو طيب الرائحة . انظر : معجم النباتات والزراعة لآل ياسين (١/١٥١)، المصباح المنير (٧٣) .

(٤) أثر عثمان في القطع في الأترجة رواه مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقاً سرق في زمان عثمان أترجة فأمر بها عثمان أن تقوم فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهماً بدينار فقطع عثمان يده . انظر : الموطأ (٢/٨٣٢) كتاب الحدود ، باب ما يجب في القطع .

وإذا كان في الحائط نخلة زال رأسها فقطعها رجل من أصلها فسرقها أو قلع نخلة بثمرها[1] لم يقطع . وكذلك جميع الشجر .

ولو قطع هذا الجذع ربُّه ووضعه في الحائط فكان ذلك حرزاً له ، فسرقه رجل ، قُطع .

ويقطع سارق البقل إذا آواه حرزه ، ما لم يكن قائماً .

ويقطع سارق الزرنيخ والنطرون[2] والنورة والحجارة والماء ، إذا بلغت قيمته ثلاثة دراهم .

ومن سرق شيئاً من الطير بازياً أو غيره ، قُطع . وأما سباع الوحش التي لا يؤكل لحمها إذا سرقها ، فإن كان في قيمة جلودها إذا ذكيت دون أن تدبغ ثلاثة دراهم ، قُطع ؛ لأن لصاحبها بيع جلودها ما ذكى منها ، والصلاة عليها وإن لم تدبغ .

ولا قطع في جلد ميتة لم يدبغ ، فأما إن دبغ ثم سُرق فإن كان قيمة ما فيه من الصنعة دون الجلد ثلاثة دراهم ، قُطع .

ومن سرق كلباً صائداً أو غير صائد ، لم يقطع ؛ لأن النبي ﷺ حرّم ثمنه[3].

---

(١) في هـ : بثمرتها . وفي ز : بثمرها فسرقها .

(٢) النطرون قيل : جنس من النبت ، وقيل : هو نوع من الغاسول ، وقيل : هو خَبَث الزجاج . انظر : التقييد (٦/٢٤٦) .

(٣) وذلك في حديث أبي الزبير عند مسلم في صحيحه (١٥٦٩) ، والنسائي في سننه (٤٦٦٨) من حديث جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ نهى عن ثمن السنور والكلب .

[في السارق يسرق من الخبا ، وفي النباش والطرار[1]]

[2] وإذا وضع المسافر متاعه في خبائه أو خارجاً من خبائه ، وذهب لحاجته ، فسرقه رجل ، أو سرق لمسافر فسطاطاً[3] مضروباً بالأرض ، أو احتل بعيراً من القطار في سيره وبان به ، أو سرق مصحفاً ، أو باب دار ، أو كفناً من القبر ، أو حلّ الطرّار من داخل الكم أو من خارجه ، أو أخرج من الخف ما قيمته ثلاثة دراهم ، أو سرق من محمل شيئاً مستسرّاً ، أو أخذ من على البعير غرائر[4]، أو شقها فأخذ منها متاعاً ، أو أخذ ثوباً من على ظهر البعير [مستسراً][5] قُطع في ذلك كله إن بلغ ثمنه ما فيه القطع .

[في المختلس ، وفي المسافر يسرق من مسافر آخر]

وإن أخذ الثوب غير مستسر فهو خلسة[6]، ولا قطع على مختلس ، والرفقة في السفر ينزل كل واحد على حدته ، فإذا سرق أحدهم من الآخر ، قُطع ، كأهل الدار ذات المقاصير[7] يسرق أحدهم من بعضها .

---

(١) الطرار : هو الذي يطر ثياب الناس ، أي يقطعها ويشقها عن أموالهم ليأخذها . انظر : التقييد (٦/٢٤٧) .

(٢) في هـ : قال مالك .

(٣) الفسطاط : بيت الشعر ، ويقال له : الخيمة . انظر : المصباح (٤٧٣) .

(٤) في هـ : غراير وشبهها .

(٥) سقطت من ك .

(٦) الخلسة : أخذ الشيء بحضرة صاحبه على غفلة . انظر : المصباح (١٧٧)، منح الجليل (٩/٢٩٢).

(٧) ذات المقاصير : أي ذات الحُجُر المتعددة . واحدها مقصورة . انظر : المصباح (٥٠٥) .

ومن ألقى ثوبه في الصحراء ، وذهب لحاجته وهو يريد الرجعة [إليه][1] ليأخذه ، فسرقه رجل سراً ، فإن كان منزلاً نزله ، قُطع سارقه وإلا لم يقطع .

[فيمن سرق صبياً أو عبداً أو ثوباً وشبهه وفيه دراهم أو دنانير وهو لا يساوي ثلاثة دراهم]

ومن سرق صبياً حراً أو عبداً من حرزه ، قُطع ، وإن سرق عبداً [كبيراً][2] فصيحاً ، لم يقطع ، وإن كان عجمياً ، قُطع .

ومن سرق ثوباً لا يساوي ثلاثة دراهم ، فيه دراهم أو دنانير مصرورة ولم يعلم أن ذلك فيه ، قال مالك ـ رحمه الله ـ : أما الثوب وشبهه مما يعلم الناس أنه يرفع[3] ذلك في مثله ، فإنه يقطع وإن لم يدر ما فيه .

ولو سرق شيئاً لا يرفع ذلك فيه[4]، كالحجر والخشبة والعصا ، لم يقطع إلا في قيمة ذلك دون ما رفع فيه من فضة أو ذهب .

[في اختلاف الشهادة على السارق]

وإذا شهد على رجل شاهد [عدل][5] أنه سرق نعجة ، وشهد آخر أنه سرق

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في المدونة : يسترفع ذلك فيه . والمعنى أنه يحفظ فيه ويجعل فيه عادة .

(٤) في هـ : في مثله .

(٥) سقطت من ق و هـ و ز .

كبشاً ، لم يقطع . وكذلك إن قال هذا : سرق يوم الخميس ، وقال هـذا : [سرق][1] يوم الجمعة ، لم يقطع إذا لم يشهدا على عمل واحد .

[في استهلاك السارق للمسروق داخل الحرز]

وإذا دخل السارق الحرز فأكل الطعام فيه ثم خرج ، لم يقطع وضمنه .

وإن دهن رأسه ولحيته في الحرز بدهن ثم خرج ، فإن كان [ما][2] في رأسه من الدهن إن سُلت[3] بلغ ربع دينار ، قُطع ، وإلا لم يقطع .

وإذا ذبح شاة في الحرز أو خرق ثوباً أو أفسد طعاماً ثم خرج بذلك ، فإن كانت قيمة ذلك بعد خروجه به بتلك الحال ثلاثة دراهم ، قُطع ، ولا ينظر إلى قيمته داخل الحرز وإنما ينظر إلى قيمة السرقة يوم سرقها [السارق][4]، ولا تبالي زادت قيمتها يوم القيام به أو نقصت .

[في قطع اليدين والرجلين في السرقة]

ومن سرق مرة بعد مرة قُطعت يده اليمنى ، ثم رجله اليسرى ، ثم يده اليسرى ، ثم رجله اليمنى .

وإن سرق ولا يمين له أو له يمين شلاّء ، قُطعت رجله [اليسرى][5]، قاله مالك ،

---

(١) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٢) سقطت من ق و ك .

(٣) في ك : إن سلب .

(٤) سقطت من ز .

(٥) سقطت من ق و ك .

ثم عرضتها عليه فمحاها ، وقال : تقطع يده اليسرى[1] ، و[أراه][2] تأول[3] قول الله عز وجل : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾[4]. وقوله في الرجل : أحبُّ إلي[5] وبه آخذ[6].

---

(١) ظاهر التهذيب هنا أن المحو الذي أمر به مالك كان فيمن يمينه شلاء ومن لا يمين له وليس الأمر كذلك في المدونة ، إنما ورد المحو في المدونة فيمن كانت يده شلاء ، لكن لما كان حكمهما واحداً وكلاهما قال الإمام مالك فيها أولاً بقول ثم رجع عنه إلى قول آخر ، وقوله الأول فيهما متفق ، وقوله الأخير فيهما متفق أيضاً ، عطفهما البراذعي على بعضهما ، وقد تعقب عليه أبو الحسن الزرويلي وابن ناجي هذا العطف الذي يوهم أن المحو ورد فيهما معاً وهو لم يرد إلا في مسألة اليد الشلاء كما في المدونة ، وقد حاول ابن ناجي بعد تعقيبه أن يجيب عن البراذعي بأن مراده بالمحو ليس حقيقة المحو ، وإنما المراد به عموم الرجوع ، ولكن رد البناني هذا الجواب بأن المحو لم يرد في المدونة إلا في أربع مسائل ، ولو كان يراد به مطلق الرجوع لما انحصر في هذه المسائل الأربع حيث إن رجعات الإمام مالك في المدونة كثيرة جداً ، أما محواته فلا تتجاوز أربع محوات بالاستقراء واحدة هنا في كتاب السرقة ، والثانية في كتاب الإيمان والنذور ، والثالثة في كتاب الأضاحي ، والرابعة في كتاب النكاح . انظر : المدونة (٦/٢٨٨)، منح الجليل (٩/٢٩٣ ـ ٢٩٤)، حاشية الدسوقي (٤/٣٣٢)، التقييد (٦/٢٤٩).

(٢) سقطت من هـ .

(٣) تأوّل : أي استدل بها على الانتقال من اليد اليمنى إلى اليسرى وليس إلى الرجل حيث ورد فيها لفظ اليدين بالتثنية ، ولم يرد فيها لفظ الرجل ، ولفظ المدونة : « قال ابن القاسم : وكأنه ذهب إلى هذه الآية : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ » . انظر : المدونة (٦/٢٨٨) .

(٤) سورة المائدة ، الآية (٣٨) .

(٥) أي القول الذي رجع عنه مالك ومحاه ، وهو قطع الرجل في حالة شلل اليد اليمنى أو عدمها ، وهو المعتمد في المذهب ، وإليه أشار خليل في مختصره بقوله : « تقطع اليمنى وتحسم بالنار إلا لشلل أو نقص أكثر الأصابع فرجله اليسرى » ، قال الدردير : وهو المذهب وأخذ به ابن القاسم ثم قال بعد ذلك : والمعتمد ما محاه (مالك) ـ كما تقدم ـ لا ما أثبته ، ولذا رتب المصنف (خليل) كلامه الآتي على المحوّ . وقال عليش : والممحو هو المذهب . واختار أشهب قول مالك الأول . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/٣٣٢) ، منح الجليل (٩/٢٩٣ ـ ٢٩٤) .

(٦) في ك و هـ : وبه أقول .

ومن سرق ولا يدان له ولا رجلان[1]، أو كان أشلّ اليدين والرجلين فاستهلكها[2] وهو عديم ، لم يقطع منه شيء ، ولكن يضرب ويحبس ويضمن قيمة السرقة .

وإن سرق وقد ذهبت من يده اليمنى أصبع ، قطعت يده ، كما لو قَطَعَ يمين رجل وإبهام يده[3] مقطوعة ، فإن يده تقطع[4]، وإن لم يبق من يمنى يده[5] إلا أصبع أو أصبعان قطعت رجله اليسرى ، فإن كانت يداه ورجلاه كلها كذلك ، لم يقطع وضُرب وسُجن وضمن قيمة السرقة .

[في ضمان السارق للسرقة]

ومن سرق فأُخذ مكانه ، أو بعد ذلك ويُسْره متصل ، فقطع وقد استهلك السرقة ، ضمنها ، فإن كان معسراً يوم قطعت يده[6]، أو كان يسره ذلك قد ذهب ثم أعسر ، ثم قطعت يده وقد أيسر ثانية ، أو سرق وهو معسر ثم أُخذ وهو موسر ، فقطعت يده ، لم يضمن السرقة إن كان قد استهلكها ، وإنما يضمنها إذا سرق وهو موسر فتمادى يسره إلى أن قُطع .

---

(١) في ك و هـ : ولا يدين له ولا رجلين ، بالنصب ، ولعله على إعمال لا عمل إن ، أما الرفع فهو على إعمالها عمل ليس .

(٢) في ك و ز : فاستهلكهما ، وقوله : استهلكها ، أي استهلك السرقة . انظر : المدونة (٦/٢٨٢).

(٣) في ز : بها .

(٤) هذا قياس منه للقطع في السرقة على القطع في القصاص .

(٥) في هـ : يديه .

(٦) في هـ : يداه .

[في الرجوع عن الشهادة على السرقة وخطأ الإمام وتزكية الشهود وتجريحهم]

وإذا شهد رجلان على رجل بالسرقة ، ثم قالا قبل القطع : أوهمنا ، بل هو هذا الآخر ، لم يقطع واحد منهما .

وما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية فأكثر ، فعلى عاقلته مثل خطأ الطبيب والمعلم والخاتن .

قال ابن القاسم : وأبى مالك أن يجيبنا في خطأ الإمام بشيء[1] .

وإذا رجع الشاهدان قبل الحكم ولهما عذر بين يُعرف به صدقهما ، وكانا بيّني العدالة ، أُقيلا وجازت شهادتهما بعد ذلك ، وإن لم يتبين صدقُهما لم يقبلا فيما يستقبلان ، ولو أُدّبا لكانا لذلك أهلاً .

وإن رجعا بعد الحكم وقد شهدا على دين أو طلاق أو حد أو عتق أو غير ذلك ، فإنهما يضمنان الدين ، ويضمنان العقل في القصاص في أموالهما ، ويضمنان قيمة المعتق .

وفي الطلاق إن دخل بالزوجة ، فلا شيء عليهما ، وإن لم يدخل ضمنا نصف الصداق للزوج[2] ، ولا يقضي القاضي ببينة حتى يُزكّوا عنده ، ولو لم يطعن فيهم الخصم . ويكشف عنهم إن شاء في السر أو في العلانية ، ولا يقبل

---

(١) قال الزرويلي : لأنه إن أجاب بلا شيء عليه أدى ذلك إلى هدر الدماء ، وإن أجاب بأن عليه الغرم كان مشقة على الإمام ؛ لأنه تتكرر بين يديه الحكومات ، فأبى أن يجيب . انظر : التقييد (٦/٢٥١) .

(٢) في ز : للزوج تجريح الشهود .

إلا تزكية رجلين عدلين لا أبالي فيم كانت الشهادة : في حق لله أو للناس ، من حد أو قصاص .

وإذا ارتضى القاضي رجلاً للكشف ، جاز أن يقبل منه ما نقل إليه من التزكية عن رجلين لا أقل من ذلك ، فإذا زكت البينة والمطلوب يجهل وجه التجريح [هو][1] من جهلة الرجال أو من ضعفة النساء ، فليخبره القاضي بماله من ذلك ، ويبينه له ، لعل بينه وبينهم عداوة أو شوكة[2] مما لا يعلمه المعدلون .

وإن كان مثله لا يجهل التجريح لم يدعه إليه ، وليس كرد اليمين ؛ لأن الحكم لا يتم إلا بردها .

وإن أقام المشهود عليه بينة على الشهود بعد أن زكوا أنهم شربة خمر ، أو أكلة ربا ، أو فجار[3] ، أو أنهم يلعبون بالشطرنج أو النرد ، أو بالحمام ، فذلك مما تجرح به شهادتهم ، وإن ثبت أنهم حدوا في قذف ، فمن تاب ممن حُد في القذف وحسنت حاله و[4] زاد على ما عرف منه من حسن حاله ، جازت شهادته .

[في شهادة النصراني الذي أسلم بعد أن حد في قذف]

ولو حد نصراني في قذف ثم أسلم بالقرب ، قُبلت شهادته .

[في شهادة العبيد والنساء والرجل الواحد]

ولا تجوز شهادة العبد في شيء من الأشياء . وإن شهد رجل وامرأتان على رجل

---

(١) سقطت من ق و ك .

(٢) في هـ : أو شر . وفي ز : أو شيء .

(٣) في ز : أو مجان .

(٤) في ق و ز : أو .

بالسرقة ، لم يقطع ، وضمن قيمة ذلك ، ولا يمين على صاحب المتاع . وإن شهد بذلك رجل [واحد][1] حلف الطالب مع شاهده وأخذ المتاع إن كان قائماً بعينه ، ولا يقطع السارق .

وإن كان المتاع مستهلكاً ، ضمن السارق قيمته وإن كان عديماً .

[في الشهادة على الشهادة وعلى الغائب بالسرقة]

وتجوز الشهادة على الشهادة في السرقة وغيرها ، إذا شهد رجلان على شهادة رجل .

وإذا شهدت بينة على رجل غائب بسرقة ثم قدم ، فإنه يقطع ولا تعاد البينة ، حضروا أم غابوا ، إذا كان الإمام قد استكمل[2] تمام الشهادة .

[في تأخير الحد حتى تحسن حال المحدود ، ومتى يحد السكران]

وإذا لم يقم[3] بالسرقة حتى طال الزمان وحسنت حال السارق ، ثم اعترف ، أو قامت بينة بذلك ، فإنه يقطع .

وكذلك حد الخمر والزنا ، ولا يحد السكران حتى يصحو[4].

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ق و هـ و ز : استأصل .

(٣) في ك : يقطع . وفي هـ : يقدم الذي .

(٤) في ك و هـ : حتى يصح .

[في السارق يبيع الشيء المسروق أو يحدث فيه شيئاً أو يتغير عنده وأحكام ذلك]

وإن باع[1] السارق السرقة ، فقُطع ولا مال له ، ثم أُلفيت عند المبتاع قائمة ، فلربها أخذها ويتبع المبتاع السارق بالثمن . وكذلك لو كانت غنماً فتوالدت عند المبتاع لأخذها ربها وأولادها ، فإن هلكت السرقة عند المبتاع بسببه أو باعها ، فلربها أن يرجع على المبتاع بقيمتها . وإن هلكت عنده بأمر من الله سبحانه ، فلا شيء عليه .

ومن سرق ثوباً فصبغه ، ثم قُطع ولا مال له غيره ، فلرب الثوب أن يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ ثوبه ، فإن أبى بيع الثوب وأخذ ربه من الثمن قيمته يوم السرقة ، وكان الفضل للسارق . وإن عجز ثمنه لم يتبع السارق بشيء لِعُدْمه . وإن قطعه السارق وجعله ظهارة[2] لجبة أو لقلانس[3] وأراد ربه فتقه[4] وأخذه مقطوعاً فذلك له كما لو سرق خشبة فبنى عليها كان له أخذها ، وإن أخرب بنيانه بذلك .

فإن أبى أن يأخذ ثوبه مقطوعاً والسارق عديم ، صنع به كما وصفنا في الصبغ .

ومن سرق حنطة فطحنها سويقاً ولتها ، ثم قُطع ولا مال له غيره ، فأبى رب الحنطة أخذ السويق ، فهو مثل ما وصفنا : يباع السويق ويشترى له من ثمنه مثل حنطته .

---

(١) في ز : وإذا سرق .

(٢) في ك و ق : ظهاراً ، وظهارة الجبة ما يجعل ظاهرها خلاف البطانة . المصباح (٣٨٩) .

(٣) القلانس : جمع قلنسوة ، وهي معروفة .

(٤) فتق الثوب أي : نقض خياطته حتى يفصل بعضه عن بعض . المصباح (٤٦١) .

وإن سرق فضة فصاغها حلياً أو ضربها دراهم ، ثم قُطع ولا مال له غيرها ، فليس لربها إلا وزن فضته ؛ لأني إن أجزت له [أخذها][1] بلا شيء ، ظلمت السارق ، وإن أمرته بأخذها ودفع أجرة الصياغة ، كانت فضة بفضة وزيادة ، فهذا ربا .

وإن سرق نحاساً فعمل منه قمقماً[2] فعليه مثل وزنه ، وهذا في كتاب الغصب مذكور[3] .

[في الاعتداء على السارق بقطع يمينه بعد تزكية البينة وقبلها ، والغلط في قطع يساره ، وتداخل الحدود]

ومن شهدت عليه بينة زكية أنه سرق ، فحبسه القاضي حتى يقطعه ، فقطع رجلٌ يمينه في السجن ، لم يقتص منه ونُكّل ، وأجزأ ذلك من [قطع][4] السرقة ، ولو فعل به ذلك قبل عدالة البينة أرجئ[5] ، فإن عدلت كان الأمر كذلك ، وإن لم تعدل البينة اقتص منه .

وإذا أمر القاضي بقطع يمين السارق ، فغلط القاطع فقطع يساره ، أجزأه ، ولا يقطع يمينه ، ولا شيء على القاطع .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) القمقم : إناء من نحاس يسخن فيه الماء ، ويسمى عند أهل الشام (غلاّية) . انظر : المصباح (٥١٦) .

(٣) وقد تقدم كتاب الغصب في بداية هذا الجزء ، وانظر (ص ٩٥) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ز : أجزأ .

وإذا قُطعت يمين السارق كان ذلك لكل سرقة تقدمت ، أو قصاص وجب في تلك اليد ، وإذا ضرب في شرب خمر ، أو أقيم عليه حد الزنى ، فهذا [كله][1] لما كان قبله من ذلك . وإن فعل بعد ذلك شيئاً ، أقيم عليه ذلك[2].

[في الذي يسرق مرتين ولا مال عنده إلا قدر قيمة السرقة الثانية]

ومن سرق فقطعت يده ولا مال عنده إلا قدر قيمة السرقة فغرمها ، ثم قام قوم سرق منهم قبل ذلك ، فإن كان من وقت سرق منهم لم يزل ملياً بمثل هذا الذي غرم الآن ، تحاصوا فيه كلهم ، وإن أعدم في خلال ذلك ثم أيسر ، فكل سرقة سرق من يوم يسره المتصل إلى الآن ، فأهلها يتحاصون في ذلك دون من قبلهم ، وإن لم يحضروا يوم القطع كلهم فلمن غاب الدخول عليهم فيما أخذوا ، كغرماء المفلس .

[في تقويم السرقة والاختلاف فيه]

ويقوم السرقة أهل النظر والعدل ، قيل : فإن اختلف المقومون ؟ قال : إذا اجتمع عدلان بصيران[3] أن قيمتها ثلاثة دراهم ، وجب القطع ، ولا يقطع بقيمة[4] رجل واحد .

---

(١) سقطت من ق و هـ و ز .

(٢) في ز : الحد لذلك .

(٣) في ك : يميزان .

(٤) في ز : بتقويم .

[في الذي يسرق من السفينة أو يسرقها ، وسرقة المسلم على الحربي والحربي على المسلم]

ومن سرق من سفينة ، قُطع[1]. وإن سرق السفينة [نفسها][2]، فهي كالدابة تحبس وتربط وإلا ذهبت . فإن كان معها من يمسكها قُطع سارقها ، كالدابة[3] بباب المسجد أو في السوق ، فإن كان معها من يمسكها قُطع سارقها وإلا فلا .

وإن نزلوا بالسفينة في سفرهم منزلاً فربطوها ، فإنه يقطع سارقها ، كان معها ربها أو ذهب لحاجته ، وكلما درأت به الحد[4] في السرقة ، ضمنت السارق قيمة السرقة وإن كان عديماً .

وإن سرق مسلم من حربي دخل بأمان ، قُطع . وإن سرق الحربي وقد دخل بأمان ، قُطع .

[في إقامة الحدود في أرض الحرب وعقاب المسلم على أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر في رمضان]

ويقيم أمير الجيش الحدود ببلد الحرب على أهل الجيش في السرقة وغيرها ، وذلك

---

(١) أي إذا كان من خارج أهل السفينة ، أما إذا كان من أهل السفينة فحكمه كحكم سرقة أهل الدار المشتركة بعضهم على بعض ، وقد تقدم أنه لا قطع فيه إلا إذا كانت الدار ذات حُجَر كل واحد له حجرته المستقلة . انظر : التقييد (٦/٢٥٦) .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في ز : كالدابة تحبس .

(٤) في ز : الحرز .

أقوى لـه علـى الحـق . وإن دخـل المسـلمون دار الحـرب بأمـان ، فسـرق بعضـهم مـن بعـض ، أو زنى أو شـرب الخمـر ، ثم قدمـوا فشـهد بعضـهم علـى مـن فعـل ذلــك ، فإنه يُحد .

وإذا أكل المسلم لحم خنزير عوقب .

وإن شرب خمراً في رمضان جُلد للخمر ثمانين ، ثم يضـرب للإفطـار في رمضـان ، وللإمام أن يجمع ذلك عليه أو يفرقه .

[في الإقرار بالحدود وإقامة الحد على المراهق]

ومن شهدت عليه بينة أنه أقر بالسرقة أو بالزنى فأنكر ، فإن ذكـر أنـه [إنمـا][1] أقر لأمر يعذر به ، أو جحد ذلك الإقرار أصلاً ، أُقيل .

وإذا أقر عبد أو مدبر أو مكـاتب أو أم ولـد بسـرقة ، قُطعـوا إذا عينـوا[2] السـرقة وأظهروها ، فإن ادعى السيد أنها له ، صُدّق مع يمينه .

وقاله مالك ـ رحمـه الله ـ في أمـة ادعـى رجـل في ثـوب بيدهـا فصدقتـه ، وادعـاه السيـد [لنفسـه][3] ، أنـه يقضى به للسيد مع يمينه ، إلا أن يقيم المدعي بينـة .

ولا يجب على الصبيان حد في سرقة أو زنا ، حتى يحتلم الغلام وتحيـض الجاريـة ، أو يبلغوا سناً[4] لا يبلغه أحد إلا بلغ ذلك : من احتـلام أو حيـض . قيـل : فـإن أنبـت

---

(١) سقطت من ك و ز.

(٢) في ك : إذا أعلنوا .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) وهي ثمان عشرة سنة على المشهور من خمسة أقوال في المذهب وإليه أشار خليل بقولـه : « والصبي لبلوغه بثمان عشرة » . انظر : مختصر خليل (١٨٩) .

الشعر قبل ذلك ؟ قال : قد قال مالك ـ رحمه الله ـ : يُحَد إذا أنبت ، وأحبُّ إلي أن لا يحكم بالإنبات . وقد أصغى مالك إلى الاحتلام حين كلمته في الإنبات[1] .

ومن أقر بشيء من الحدود بوعيد ، أو سجن ، أو قيد ، أو ضرب ، أو قتل ، وذلك كله إكراه ، فإن تمادى [على إقراره بعد زوال الإكراه ، فإنه يحبس حتى يُسْتَبْرَأَ[2] أمره ، فإن تمادى][3] على إقراره بعد أمن ، أقيم عليه الحد إذا أتى بأمر يعرف به صدقه [مثل أن][4] يعين السرقة ونحو ذلك ، فإنه يحد ، وإلا لم يحد في قطع ولا غيره ؛ لأن الذي كان من إقراره أول مرة قد انقطع ، وهذا كأنه إقرار حادث .

---

(١) ابن القاسم هنا اختار أن الإنبات وحده لا يحكم لصاحبه بالبلوغ الموجب للحد ما لم يبلغ سن البلوغ وسيأتي في كتاب القذف لمالك قول بهذا المعنى ، وقد نقل عليش عن ابن رشد أن الإنبات إنما يختلف في كونه علامة للبلوغ في حقوق الآدميين من قذف وسرقة ونحو ذلك ، أما في حق الله تعالى من وجوب الصلاة ونحوها فلا خلاف أنه ليس بعلامة .

قلت : وكلام ابن رشد فيه نظر ، فإن الخلاف في كون الإنبات علامة جارٍ بالنسبة لحقوق الله تعالى ، يقول خليل معدداً علامات البلوغ : « او الإنبات وهل إلا في حق الله تعالى تردد » ، يقول الحطاب معلقاً على قول خليل في المختصر : صرح في التوضيح بأن المشهور أنه علامة مطلقاً ، وظاهر كلامه هنا كذلك لتصديره به ولأن العمل عليه ، وهو ظاهر الأحاديث ، ولعل التردد في مطلق الإنبات ، وأما الإنبات الذي تقدم وصفه (الإنبات على فرج الأنثى وعلى أعلى فرج الذكر) فلا يوجد إلا في البالغ . انظر : منح الجليل (٦/٨٧ ـ ٨٨) ، مختصر خليل (١٨٩) .

(٢) يستبرئ : أي يستقصي وينظر فيه ، كما تقدم في المعنى اللغوي للاستبراء .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٤) سقطت من ك و ق .

وإن أخرج السرقة أو القتيل في حال التهديد لم أقطعه ولم أقتله حتى يقر بعد ذلك آمناً .

ولو جاء ببعض المتاع وأتلف بعضه ، لم أضمنه ما بقي إن جاء بأمر يعذر به في إقراره ، وكذلك لا أضمنه الدية في القتل إذا جاء بوجه يعذر به .

ومن قامت عليه بينة بسرقة ، لم أر للإمام أن يقول له : قل ما سرقت .

[في تأخير تطبيق الحدود واجتماع أكثر من حد]

قال : قال مالك ـ رحمه الله ـ : ومن سرق في شدة البرد ، فخيف عليه الموت إن قُطعت يده ، فليؤخره الإمام إلى بعد ذلك .

قال ابن القاسم : وإن كان [في](1) الحر أمر(2) يعرف [به](3) خوفه كالبرد ، فأراه مثله(4) .

ومن سرق وقتل عمداً ، فإنه يقتل ولا يقطع ، والقطع داخل في النفس .

ولو عفا عنه ولي المقتول ، قطعته للسرقة .

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ك و هـ : أمد .

(٣) سقطت من ز .

(٤) تقدم قوله في كتاب الرجم : « والحر عندي بمنزلة البرد » ، وهذا في القطع والجلد ، قال خليل في المختصر : « وبالجلد اعتدال الهواء » ، قال عليش : أي توسطه بين الحر الشديد والبرد الشديد فلا يجلد في حر شديد ولا في برد شديد خوف تأديته إلى الموت ، والتأخير في البرد نص عليه مالك ، وألحق به ابن القاسم الحر الشديد ـ رضي الله تعالى عنهما ـ . انظر : منح الجليل (٩/٢٦٥) .

وإن سرق وقطع يمين رجل ، قطع للسرقة فقط ؛ إذ هي أوكد ، إذ لا عفو فيها ، ولا شيء للذي قطعت يده ، كما لو ذهبت يد القاطع بأمر من الله تعالى .

ولو سرق وقطع شمال رجل ، قطعت يمينه للسرقة ، وشماله قصاصاً ، وللإمام أن يجمع ذلك عليه أو يفرق ، بقدر ما يخاف عليه أو يأمن . وكذلك الحد والنكال يجتمعان على رجل .

وإذا اجتمع عليه حد لله تعالى وحد للعباد بدئ بالحد الذي هو لله تعالى ؛ إذ لا عفو فيه . فإن عاش أخذ منه حد العباد ، وإن مات بطل ذلك ، ويجمع الإمام ذلك كله عليه ، إلا أن يخاف عليه الموت ، فيفرق ذلك عليه .

[في الذي يقر بالسرقة على فلان فيكذبه ، وفي السرقة من بيت المال والمغنم وسرقة أم الولد على سيدها]

وإن أقر أنه سرق من فلان شيئاً ، وكذبه فلان ، فإنه يقطع بإقراره ويبقى المتاع له ، إلا أن يدعيه ربه فيأخذه .

ولو قال [فلان][1] إن المتاع الذي أُخِذ متاعه ، أو قال : كان استودعنيه أو بعثه معي إليه رجل ، لم يقبل ذلك ، وقطع بإقراره .

ومن سرق من بيت المال أو من المغنم ، وهو من أهل [ذلك][2] المغنم ، قُطع . قيل : أليس له في المغنم حصة ؟ قال : قال مالك : وكم تلك الحصة ؟! .

(١) سقطت من ز .

(٢) سقطت من ق .

ولا تقطع أم الولد إذا سرقت من مال سيدها ، وكذلك العبد والمكاتب . والقطع في السرقة في الرجل والمرأة سواء .

[في الشهادة على الأخرس وإقراره بالسرقة ، ومن سرق سرقة فلم يُقطع حتى ملكها]

وإذا شُهد على الأخرس بسرقة ، قُطع ، وكذلك إن أقر بوجه يعرف به إقراره وعين ، قُطع وإلا لم يقطع .

ومن سرق سرقة فلم يقطع حتى ورثها ، أو اشتراها ، أو وُهبت له أو تُصدق بها عليه ، فلا بد من قطعه .

وإن سرق متاعاً كان أودعه رجلاً فجحده إياه ، فإن أقام بينة أنه كان استودعه هذا المتاع نفسه ، لم يقطع .

[فيمن سرق سرقة لرجلين أحدهما غائب]

ومن سرق سرقة لرجلين وأحدهما غائب ، فإنه يقطع إن كانت قيمتها ثلاثة دراهم فأكثر ، ويقضى للحاضر بنصف قيمتها إن كانت مستهلكة ، ثم إن قدم الغائب والسارق عديم : فإن كان يوم القطع ملياً بجميع القيمة ، رجع على الشريك بنصف ما أخذ واتبعا جميعاً السارق بنصف القيمة ، وإن[1] لم يكن معه يوم القطع إلا ما أخذ الشريك ، رجع على الشريك بنصف ما أخذ ولم يتبعا السارق بشيء .

وهذا مثل ما قال مالك في الشريكين لهما دين على رجل ، يقبض منه أحدهما

(١) في ق : إن .

حصته وصاحبه غائب ثم يقدم الغائب فيجد الغريم عديماً : فإنه يدخل مع صاحبه فيما كان أخذ[١].

[في الذي يدعي السرقة على متهم أو غير متهم ، وفي الذي يقر بالسرقة ثم يجحد]

[٢] ومن ادعى على رجل أنه سرقه ، لم أُحلِّفه إلا أن يكون متهماً يوصف بذلك ، فإنه يُحلف ويُهدد ويُسجن وإلا لم يعرض له ، فإن كان من أهل الفضل وممن لا يشار إليه بهذا ، أُدب الذي ادعى ذلك عليه . وقد تقدم في الشهادات ذكر المرأة تدعي أن فلاناً أكرهها[٣].

ومن أقر أنه سرق من رجل ألف درهم بغير محنة ثم جحد ، لم يقطع ، ويغرم الألف لمدعيها[٤]. والله الموفق .

* * *

---

(١) تقدمت هذه المسألة لمالك في كتاب التفليس في الجزء الثالث (ص ٦٣٨) .

(٢) في هـ : قال ابن القاسم .

(٣) تقدم ذلك في كتاب الشهادات ، انظر (٥٩٨/٣) .

(٤) في جميع النسخ عدا ق : ويغرم المال لمدعيه .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب المحاربين[1] ﴾

[في المحارب يخيف السبيل أو يأخذ المال ولا يقتل وكيف يعاقب حينئذ ؟]

[قال :][2] ومن حارب من أهل الذمة أو المسلمين ، فأخافوا السبيل ولم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا ، فإن الإمام مخير : إن شاء قتل وإن شاء قطع .

قال مالك : ورب محارب لم يقتل ، هو أخوف وأعظم فساداً في خوفه ممن قتل ، فإذا نصب[3] ، وعلا أمره ، وأخاف ، وحارب ولم يقتل ، وأخذ المال أو لم يأخذ مالاً ، كان الإمام مخيراً [فيه][4] ، إن شاء قتله أو قطع يده ورجله . ولا يجتمع مع القتل قطع ولا ضرب . ولا يضرب إذا قطعت يده ورجله .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وليس كل المحاربين سواءً منهم من يخرج بعصاً أو بخشبة وشبه ذلك ، فيوجد[5] على تلك الحال بحضرة الخروج ، ولم يخف

---

(١) المحاربون : جمع محارب وقد عرفه خليل بأنه : « قاطع الطريق لِمنْع سلوك ، أو آخذُ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه الغوث » . وعرف ابن عرفة الحرابة بأنها : « الخروج لإخافة سبيل لأَخْذِ مال محترم بمُكابرةِ قتالٍ أو خوفه أو لذهاب عقل أو قَتْلِ خِفيةٍ أو لمجرد قطع الطريق لا لإمْرةٍ ولا نائِرةٍ ولا عَدَاوةٍ » . انظر : مختصر خليل (٢٧٥)، شرح حدود ابن عرفة (٧١٥) .

(٢) سقطت من هـ و ز .

(٣) قال الزرويلي : أصل النصب التعب ، وهو هنا المبالغة في الشرِّ . انظر : التقييد (٦/٢٦٢) .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) في هـ : فيؤخذ .

[السبيل][1] ولم يأخذ المال ، فهذا لو أخذ فيه بأيسر الحكم ، لم أر به بأساً ، وذلك الضرب والنفي ويسجن في الموضع الذي نفي إليه[2].

وليس للإمام أن يعفو عنه ولا عن أحد من المحاربين ، ولكن يجتهد الإمام في ضربه ونفيه[3]. وقد نفى عمر بن عبد العزيز محارباً أخذ بمصر ، إلى شغب[4].

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وقد كان يُنفى عندنا إلى فدك[5] وخيبر ، ويسجن في الموضع الذي نفي إليه ، حتى تعرف له توبة .

قال : وإذا أخذه الإمام[6] وقد قَتَلَ وأخذ المال وأخاف السبيل ، فليقتله ، ولا يقطع يده ولا رجله ، والقتل يأتي على ذلك كله ، وأما الصلب مع القتل ، فذلك إلى الإمام [يصنع فيه][7] بأشنع ما يراه .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : قدر ما ينفى إليه المحارب .

(٣) في ق : وينفيه .

(٤) في المدونة شقب ، بالقاف المعجمة ولعله تصحيف . وشغب بفتح الشين وفتح الغين المعجمة : هي قرية تابعة لمصر تبعد عنها اثنا عشرة مرحلة ، وقيل هي آخر أعمال الحجاز وأول فلسطين ، وهي التي انتقل إليها محمد بن شهاب الزهري ، وبقي بها حتى مات . وقيل : هي ضيعة خلف وادي القرى ، كانت للزهري وبها قبره . انظر : معجم البلدان (٣٥٢/٣)، التقييد (٢٦٢/٦). ونفي عمر بن عبد العزيز إلى شغب رواه مالك في المدونة (٢٩٩/٦) ، وروي عنه أنه كان ينفي إلى فدك ، رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٤١/٥) .

(٥) فدك بالتحريك وآخره كاف : قرية بالحجاز ، بينها وبين المدينة يومان وقيل ثلاثة . انظر : معجم البلدان (٢٣٨/٤) .

(٦) في هـ : الإمام محارباً .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ك . وفي هـ : يفعل فيه . وفي ز : يأخذ فيه .

قال مالك : ولم أسمع أن أحداً صلب إلا عبد الملك بن مروان ، فإنه صلب الحارث[1] ـ الذي تنبأ ـ وهو حيّ ، وطعنه بالحربة بيده . وكذلك يفعل بمن صُلب من المحاربين .

وحكم العبيد في الحرابة ، مثل ما وصفنا في الأحرار ، إلا أنه لا نفي على العبيد .

وحكم المحارب فيما أخذ من المال من قليل أو كثير سواء ، وإن كان أقل من ربع دينار ، وإن قطعوا على المسلمين أو على أهل الذمة ، فهم سواء ، وقد قتل عثمان بن عفان مسلماً ، قتل ذمياً على وجه الحرابة على مال كان معه[2] .

[في المحارب يتوب قبل أن يؤخذ]

وإذا أتى المحارب تائباً قبل أن يقدر عليه ، سقط عنه ما يجب لله تعالى من حد الحرابة ، وثبت ما للناس [عليه][3] من نفس أو جرح أو مال ، ثم للأولياء القتل أو العفو فيمن قتل ، وكذلك للمجروح في القصاص ، وإن كانوا جماعة فقتلوا رجلاً ، ولي أحدهم قتله وباقيهم عون له ، فأُخذوا على تلك الحال ، قُتلوا كلهم .

---

(١) الحارث هذا كان رجلاً ساحراً ، ظهر في خلافة عبد الملك بن مروان ، وادعى النبوة ، وكان الناس يرمونه بالنبال فلا يصيبونه ؛ لما يستعمل من السحر ، فأتاه عبد الملك وسمى الله وقال : نحن آل محمد ولا نسحر ، ورماه بالحربة فطعنه ، ثم صلبه وهو حي . واستدلال مالك هنا ـ كما قال الزرويلي ـ ليس بفعل عبد الملك ، وإنما بإقرار من حضر فعله ذلك من الصحابة ، كابن عمر وغيره ـ رضي الله عنهم ـ . انظر : المدونة (٦/٢٩٩)، التقييد (٦/٢٦٣) .

(٢) روى ذلك عنه مالك في المدونة ، قال : أخبرني من أثق فيه عن غير واحد أن عثمان قتل مسلماً قتل ذمياً على وجه الحرابة ، قتله على مال كان معه ، فقتله عثمان . المدونة (٦/٣٠٠) .

(٣) سقطت من ق .

وإن تابوا قبل أن يؤخذوا ، دُفعوا إلى أولياء المقتول ، فَقَتلوا من شاءوا وعفوا عمن شاءوا ، وأخذوا الدية ممن شاءوا . وقد قتل عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ ربيئة[1] كان ناظوراً للباقين[2] .

وإذا ولي أحدهم أخذ المال وكان الباقون له قوة ، ثم اقتسموا فتاب أحدهم ممن لم يل أخذ المال ، فإنه يضمن جميع المال ، ما أخذ في سهمه وما أخذ أصحابه .

وإذا أخذوا المال ثم تابوا وهم عُدمٌ ، فذلك عليهم دين[3] . وإن أخذوا قبل أن يتوبوا فأقيم عليهم الحد ، قُطعوا أو قتلوا ولهم أموال ، أُخذت أموال الناس من أموالهم ، وإن لم يكن لهم يومئذ مال ، لم يتبعوا بشيء مما أخذوا كالسرقة .

[في العفو عن المحاربين]

وإن أخذهم الإمام وقد قتلوا وجَرحوا وأخذوا الأموال ، فعفى عنهم أولياء القتلى و[أهل][4] الجراح والأموال ، لم يجز العفو ها هنا لأحد ولا للإمام ، ولا يصلح لأحد أن يشفع فيه ؛ لأنه حد لله تعالى بلغ الإمام .

---

(١) الربيئة : ـ بفتح الراء ـ الطليعة ، وهو الذي يتجسس للمحاربين وينظر لهم من الأماكن العالية وشبهها . انظر : التقييد (٦/٢٦٤) .

(٢) نص المدونة : « ولقد ذكروا عن مالك عن عمر بن الخطاب أن بعضهم كان ربيئة للذين قتلوا فقتله عمر معهم » المدونة (٦/٣٠١) . ومرادهم ـ والله أعلم ـ أن النفر الذين قتلهم عمر برجل واحد قتلوه ، أحدهم لم يشترك في فعل القتل ، وإنما كان ربيئة للباقين ، ومع ذلك قتله عمر معهم ، وقتلُ عمر للنفر الخمسة أو السبعة الذين اجتمعوا على قتل واحد رواه مالك في الموطأ (٢/٨٧١) كتاب العقول باب ما جاء في الغيلة والسحر ، وابن أبي شيبة في المصنف (٥/٤٢٩) (٢٧٦٩٢) كتاب الديات في الرجل يقتله النفر .

(٣) في ق و ك : ديناً .

(٤) سقطت من هـ .

وإن تابوا قبل أن يقدر عليهم وقد قتلوا ذمياً ، فعليهم ديته لأوليائه ؛ إذ لا يقتل مسلم بذمي ، ولو كانوا أهل ذمة أقيد منهم به ؛ لأن النصراني يقتل بالنصراني ، وتعرف توبة المحاربين من أهل الذمة ، بترك ما كانوا فيه قبل أن يقدر عليهم .

[في محاربة النساء والصبيان]

وإن كان فيهم نساء ، فلهم حكم الرجال في ذلك .

وأما الصبيان فلا يكونون[1] محاربين حتى يحتلموا ، وإن قطعوا الطريق[2] إلى مدينتهم التي خرجوا منها فأخذوا ، فهم محاربون .

[في المحارب تقطع يده ثم يؤخذ محارباً ، أو يؤخذ محارباً وهو أقطع]

وإذا قطع الإمام يد المحارب ورجله ، ثم حارب ثانية فأخذه الإمام فرأى أن يقطعه ، فليقطع يده الأخرى ورجله .

وإذا أخذ الإمام محارباً وهو أقطع اليد اليمنى ، فأراد قطعه ، فليقطع يده اليسرى ورجله اليمنى .

وإذا خرج محارب بغير سلاح ففعل فعل المحارب من التلصص وأخذ المال مكابرة ، فهو محارب ، ويكون الرجل الواحد محارباً .

---

(١) في ق : فلا يكونوا .

(٢) قوله هنا : « وإن قطعوا الطريق . . . إلخ » لا يعود على الصبيان ؛ لأنه تقدم أنهم لا يكونون محاربين ، وإنما يعود على عموم المحاربين ؛ لأنه قد يتوهم أنهم إذا قطعوا الطريق إلى مدينتهم يكون ذلك لعداوة ، فلا يكون ذلك حرابة ، فأزال ذلك الوهم . انظر : التقييد (٦/٣٦٥)، المدونة (٦/٣٠٢) .

[في شهادة القوم بعضهم لبعض على المحاربين]

وتجوز على المحاربين شهادة من حاربوه إن كانوا عدولاً ، لا سبيل إلى غير ذلك ، شهدوا بقتل أو بأخذ مال أو غيره . ولا تقبل شهادة أحد منهم في نفسه ، وتقبل شهادة بعضهم لبعض .

[في الدعوى في الأموال التي تؤخذ بيد المحاربين]

والمحاربون إذا أُخذوا ومعهم أموال ، فادعاها قوم لا بينة لهم ، فلتدفع إليهم بعد الاستناء في استبراء ذلك من غير طول ، فإن لم يأت من يدعيها[1] ، دفعت إليهم بعد أيمانهم بغير حميل ، ولكن يُضَمِّنُهُم الإمام إياها إن جاء لذلك طالب ويُشهِدُ عليهم .

[في التجار يقطع بعضهم الطريق على بعض أو على أهل الذمة]

وإذا خرج تجار إلى أرض الحرب ، فقطع بعضهم الطريق على بعض ببلد الحرب ، أو قطعوها على أهل الذمة ، [أو][2] دخلوا دار الحرب بأمان ، فهم محاربون .

والخناقون[3] والذين يسقون الناس[4] السيكران[5] ليأخذوا أموالهم محاربون[6] .

---

(١) في ز : يدعيها بشيء .

(٢) سقطت من هـ و ز .

(٣) في ز : والختابون .

(٤) في ز : للناس .

(٥) السيكران : نبت تدوم خضرته مدة الحر وله حب أخضر ، ولعله يسكر أو يهذي . انظر : اللسان (٣٧٥/٤)، تاج العروس (٦٢/١٢) .

(٦) في ك و ز : فهم محاربون .

ومن قتل أحداً قَتْل غيلة ، فرفع إلى قاض يرى[1] أن لا يقتله ، وقضى بأن أسلمه إلى أولياء المقتول فعفوا عنه ، فذلك حكم قد مضى ، ولا يغيره من ولي بعده لما فيه من الاختلاف .

[فيمن دخل على رجل في حريمه ، وقَتْلِ المحارب قبل تزكية البينة]

ومن دخل على رجل في حريمه ليأخذ ماله ، فهو كالمحارب[2] .

وإن قامت بينة على محارب ، فقتله رجل قبل أن تزكى البينة ، فإن زُكيت أدبه الإمام ، وإن لم تزكَّ قُتل به .

قال مالك : وجهاد المحاربين جهاد . والله الموفق .

* * *

---

(١) في ز : قد أرى .

(٢) في ك : فهو محارب .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب القذف[1] ﴾

[فيمن شهد عليه أربعة أنه وطئ امرأة ولا يدرون ما هي منه]

[2] ومن شهد عليه أربعة أنه وطئ هذه المرأة ولا يدرون ما هي منه ، فعليه الحد إلا أن يقيم بينة أنها زوجته أو أمته ، أو يكونا طارئين ، فلا شيء عليه ، إذا[3] قال : هي امرأتي أو أمتي ، وأقرت له بذلك ، إلا أن تقوم بينة بخلاف ما قال .

[في الذمي يقذف المسلم ، ومن تزوج خامسة أو مبتوتة أو ذات محرم له أو امرأة في عدتها أو على خالتها أو عمتها أو نكاح متعة]

وإذا افترى ذمي على مسلم ، حُد ثمانين .

ومن تزوج خامسة ، أو امرأة طلقها ثلاثاً البتة قبل أن تنكح زوجاً غيره ،

---

(١) القذف لغة : الرمي إلى بعيد ، فكأن القاذف رمى المقذوف بما يبعد ولا يصح ، ومنه قيل للمنجنيق : القاذف ؛ لأنه يرمي إلى بعد . وقد سمى الله تعالى القذف رمياً ، فقال : ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ .

وأما القذف في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه ابن عرفة بأنه : « نسبة آدمي مكلف غيرَه حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تُطيق الوطء لزناً ، أو قطع نسب مسلم » ، هذا هو حد القذف الأخص الموجب للحد ، أما القذف الأعم فقد عرفه ابن عرفة بأنه : « نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم » . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٧٠٠) ، منح الجليل (٢٦٩/٩) ، التقييد (٢٨٣/٦) .

(٢) في هـ : قال ابن القاسم .

(٣) في ك : وإذا .

أو أخته من الرضاعة أو النسب ، أو شيئاً من ذوات المحارم [عليه][1]، عامداً عارفاً بالتحريم ، أُقيم عليه الحد ، ولم يلحق به الولد ؛ إذ لا يجتمع الحد وثبات النسب .

وإن تزوج امرأة في عدتها ، [أو على عمتها][2] أو خالتها ، أو نكح نكاح متعة عامداً ، لم يحد في ذلك وعُوقب .

وكل وطء درأت فيه الحد عن الرجل ـ وإن كان ذلك الوطء لا يحل ـ فعلى من قذفه الحد .

[فيمن أقر بوطء جارية وادعى أنه اشتراها ، أو امرأة وادعى زواجها]

ومن أقر أنه وطئ أمة رجل ، أو قامت عليه بينة بذلك وادعى[3] أنه ابتاعها منه وأنكر ذلك ربها ، فإن[4] لم يأت بالبينة على الشراء ، حَدَدْتُه وحَدَدْتُ الأمة .

وإن أتى بامرأة تشهد على الشراء ، لم يزل عنه الحد بذلك . وإن طلب الواطئ يمين السيد أنه لم يبعها منه ، أحلفته له . فإن نكل حلف الواطيء ، وقُضي له بها ، ودرئ عنه الحد .

ومن وطئ امرأة[5] وادعى نكاحها ، وصدقته هي ووليها ، وقالوا : عقدنا النكاح

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) في ك : أو ادعى .

(٤) في ك : فلم .

(٥) في ك : أمته .

ولم نشهد ، ونحن نريد أن نشهد الآن ، فعلى الرجل[1] والمرأة الحد ، إلا أن تقوم بينة غير الولي .

وإن حددتهما وهما بكران ، وأرادا أن يحدثا إشهاداً على ذلك النكاح ويقيما عليه ، لم يجز حتى تُستبرأ من ذلك الماء[2] ، ثم يأتنفا نكاحاً إن أحبّا .

[فيمن دفع إلى امرأته نفقة سنة أو كسوتها فمات أحدهما قبل انقضاء السنة]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : [3] ومن دفع إلى امرأته نفقة سنة أو كسوتها ، بفريضة قاض أو بغير فريضة ، ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين ، أو شهر أو شهرين ، فلترد من بقية النفقة[4] بقدر ما بقي من السنة .

وأستحسن[5] في الكسوة أن لا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر[6] ، ولا تتبع المرأة فيها بشيء .

---

(١) في ق : الزوج .

(٢) في هـ : الماء الفاسد .

(٣) هذه المسألة ـ كما ترى ـ من حقها أن تكون ضمن مسائل كتاب النكاح . قال الزرويلي : ولم تذكر في المدونة إلا ههنا ، ومن نقلها إلى كتاب النكاح لم ينقلها إلا من هنا . انظر : التقييد (٦/٢٨٥) .

(٤) في ز : فلترد النفقة .

(٥) في ز : واستحسن مالك . وفي المدونة : « وكان مالك يستحسن » ، وأما القياس فكما قال سحنون أن ترد الكسوة كما ترد النفقة . ووجه استحسان مالك أن النفقة تتبعض والكسوة لا تتبعض فافترقا ، وكذلك النفقة من شأنها أن تدفع شيئاً فشيئاً ، أما الكسوة فإنها تدفع مرة واحدة . انظر : المدونة (٩/٢٠٤)، التقييد (٦/٢٨٦) .

(٦) في هـ : الشهر .

قال ابن القاسم : وأما إن ماتت[1] بعد عشرة أيام ونحوها فهذا قريب[2] ، ووجه ما قال [مالك][3] ، إذا مضى الأشهر[4] .

[في الشريك يطأ الأمة المشتركة ووطء الأمة المعتق نصفها ، والجناية عليها]

وإذا وطئ أحد الشريكين أمة بينهما وهو عالم بتحريم ذلك ، لم يحد لشبهة الملك ، وعليه الأدب إن لم يعذر بجهل ، ويخير الشريك إن لم تحمل بين أن تقوّم عليه أو يتماسك بحصته منها ، فإن قومها عليه فلا صداق له ، وإن تماسك فلا صداق له أيضاً ولا ما نقصها ؛ لأن القيمة وجبت له فتركها [وتمسك][5] بنصيبه ناقصاً .

وإن حملت والواطئ مليءٌ ، فلا بد أن تقوم عليه يوم حملت ، ولا شيء عليه من قيمة ولده ، وتكون له أم ولد .

وإن كان معسراً خُير شريكه ، فإن شاء تماسك بنصيبه وأتبعه بنصف قيمة الولد[6] ، ولحق [الولد][7] بأبيه ، وإن شاء أخذه[8] بنصف قيمتها يوم حملت ، وبيع

---

(١) في ز : مات .

(٢) أي فينبغي حينئذ أن ترد الكسوة كما ترد النفقة ؛ لأن استحسان مالك في عدم رد الكسوة إنما هو فيما إذا مضى عليها أشهر .

(٣) سقطت من ك .

(٤) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : ولا توجد في غير هذا الموضع .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ز : الولد يوم تضعه .

(٧) سقطت من ك .

(٨) في ك : أخذها .

ذلك النصف على الواطئ بعد أن تضع فيما لزمه من نصف قيمتها يوم حملت[1]، فيأخذه شريكه [إن كان كفافاً لما لزم الواطئ][2]، ويتبعه بنصف قيمة الولد ديناً .

[قال :][3] وإن كان نقص ذلك من[4] نصف قيمتها يوم حملت ، أتبعه بالنقصان مع نصف قيمة الولد ، ولو ماتت هذه الأمة قبل أن يحكم فيها ، كان عليه نصف قيمتها مع نصف قيمة ولدها .

وإذا أعتق أحد الشريكين في الأمة حصته منها وهو مليء ، ثم وطئها المتمسك بالرق قبل التقويم ، لم يحد ؛ لأن حصته في ضمانه قبل التقويم ، ولا صداق عليه إن طاوعته ولا ما نقصها .

وإن أكرهها فعليه نصف ما نقص من قيمتها بلا صداق ، لأن من اغتصب أمة فوطئها إنما عليه ما نقصها مع الحد .

وإن كان نصفها حراً فوطئها رجل مكرهة ، فعليه الحد وعليه ما نقصها ، يكون بينها وبين السيد ، وكذلك أرشُ جراحها وأحكامها أحكام أمة .

وإن جنت هي ، خُيّر السيد : بين أن يسلم نصفها أو يفديه بنصف الأرش .

وأما مهرها الذي تتزوج به بإذن سيدها ، فجميعه يكون موقوفاً بيدها كالفوائد .

ويزوجها المتمسك بالرق برضاها دون الآخر .

---

(١) في هـ : حملت بعد أن تضع .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك في هذا الموضع ، وورد قبل هذا بعد قوله : وبيع ذلك النصف .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ك و هـ : عن .

قال مالك : وإن أعتق أحد الشريكين في الأمة جميعها وهو مليءٌ ، لزم ذلك شريكه . قال ابن القاسم : ثم ليس لشريكه عتق حصته .

ولو وطئها الآخر بعد علمه بعتق المليئ [لجميعها][1]، لحُدّ إن لم يعذر بجهل ، فإن جهل أن عتق الشريك يلزمه ، فلا حد عليه .

وإن كان المعتق لجميعها عديماً ، لم يحد الواطئ بحال ، ولو كان ملياً ، ولم يؤخذ بالقيمة حتى أعدم ، فإن علم الآخر بعتقه فتركه ولو شاء قام عليه فأخذه بذلك[2]، فالعتق ماض ، ويلزمه نصف القيمة ديناً ، وإن كان غائباً أو لم[3] يعلم بالعتق حتى أعسر المعتق ، فهو على حقه منها .

[فيمن وطئ مكاتبة طوعاً أو غصباً]

ومن وطئ مكاتبته ، فلا حد عليه : غصبها أو طاوعته ، وينكل إن لم يعذر بجهل ، وعليه ما نقصها إن اغتصبها ، ولا صداق لها ، وإن وطئ مكاتبة بينه وبين رجل ، فلا حد عليه .

[في الرجل يطأ امرأته بعد طلاقها قبل البناء أو بعده وقد طلقها ثلاثاً]

ومن طلق امرأته قبل البناء طلقة [واحدة][4]، ثم وطئها بعد التطليقة ، وقال : ظننت أنه لا يبينها[5] مني إلا الثلاث ، فلها صداق واحد ، ولا حد عليه إن عذر بالجهالة .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : بذلك فتركه .

(٣) في ك و ز : ولم يعلم .

(٤) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

(٥) في ق و هـ و ز : لا يبريها .

ولو طلّقها بعد البناء ثلاثاً ، ثم وطئها في العدة [أو أعتق أم ولده ، ثم وطئها في العدة][1]، وقال : ظننت ذلك يحل لي ، فإن عُذر بالجهالة لم يحد .

وكذلك من تزوج خامسة ، أو أخته من الرضاعة وعذر بالجهالة في التحريم ، لم يحد .

وليس على الذي وطئ في العدة بعد الطلاق البائن ، أو العتق البتل ، صداق مؤتنف ، وذلك داخل في الملك الأول ، كمن وطئ بعد حنثه فيهما ناسياً ليمينه أو لم يعلم بحنثه .

[في الذي يطأ أم ولده بعد علمه بردتها أو ذات محرم ممن يعتق عليه]

ومن ارتدت أم ولده ، فوطئها وهو عالم أنها لا تحل له في حال ردتها ، لم يحد .

ولو وطئ بملك يمينه من ذوات محارمه من يعتق عليه إذا ملكه ، وهو عالم بتحريم ذلك ، لم يحد للملك الذي له في ذلك ، ويلحق به الولد ، ولكن ينكل عقوبة موجعة ، وتعتق ساعتئذ .

[في الشهادة في الزنا]

وإذا شهد على امرأة بالزنا أربعة ، أحدهم زوجها ، ضُرب الثلاثة ولاعن الزوج ؛ لأنه قاذف .

وقد تقدم في كتاب الحد في الزنا[2] ذكر الشهادة على الشهادة في الزنا .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) تقدم في هذا الجزء ، وانظر المسألة منه في (ص ٤١١) .

[في القاذف يدعي بينة ، ومن أقر على نفسه بالزنا وكيف لو رجع]

ومن قذف رجلاً بالزنا ، فقال القاذف حين رفع إلى القاضي : أنا آتي بالبينة أنه زان ، أُمكن من ذلك ، ولا يجوز في ذلك إلا أربعة شهود .

ومن قال عند الإمام أو عند غيره : زنيت بفلانة ، فإن أقام على قوله حُدّ للزنا وللقذف ، وإن رجع [عن ذلك][1] حُد للقذف ، وسقط عنه حد الزنا ، ويقبل رجوعه ، قال : أقررت لوجه كذا ، أو لم يقل .

والمعترف بالزنا لا يكشف كما[2] تكشف البينة ، ويلزمه الحد رجماً كان أو جلداً ، بإقراره مرة واحدة ، ولا يقر أربع مرات[3] ، فإذا رجع أُقيل .

---

(١) سقطت من ك . وفي ز : رجع على ذلك .

(٢) في ك و ز : عما .

(٣) قوله : « ولا يقر أربع مرات » ، هذا إشارة منه إلى خلاف مذهب أبي حنيفة وأحمد ، اللذين يشترطان في المقر بالزنا الإقرار أربع مرات ، مستندين في ذلك على ما جاء في قصة اعتراف ماعز ، وقد استدل المالكية بالأحاديث الواردة في الصحيحين التي ترتب الرجم على مجرد الاعتراف ، كما في حديث العسيف المتفق عليه . وفيه قوله ﷺ : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يأمره بتكرار ذلك ، وكذلك في حديث الغامدية عند مسلم وأصحاب السنن .

وقد أجاب المالكية عن حديث ماعز واستكشاف النبي ﷺ له حتى أقر أربع مرات بأن ذلك كان لحالة خاصة رأها النبي ﷺ في ماعز دعته إلى استكشافه ، وكأنه أنكر أمره واتهمه في عقله ، لذلك قال لأهله : أبصاحبكم من جنة ؟! . انظر : بداية المجتهد (٤/٢٢٤٧ ـ ٢٢٤٨) ، المغني (٨/١٩٢) ، منح الجليل (٩/٢٥٥ ـ ٢٥٦) .

وكذلك إن رجع بعد ما أخذت الحجارة مأخذها ، أو بعد أن ضُرب بعض الحد [أو أكثره][1] ثم رجع ، فإنه يقال .

وإن ظهر بامرأة حمل ، فقالت : تزوجني فلان ، وهذا الحمل منه ، فإن لم تقم بينة بالنكاح ، حُدّت ، ويحد الزوج إن صدقها[2] ولا يلحق به الولد .

[فيمن زنى بأمه أو عمته أو خالته ، ووطء الأب أو الجد لأمة ابنه]

ومن زنى بأمه ، أو أخته ، أو بعمته ، أو خالته ، أو بذات [رحم][3] [محرم][4] منه ، فعليه الحد ، ولا يحد الأب إذا وطئ أمة ولده . وكذلك الجد لا يحد في أمة ولد ولده ؛ لأنه كالأب في رفع القود وتغليظ الدية .

[فيمن أحل جارية لرجل فوطئها]

وكل من أُحلت له جارية أحلها له أجنبي ، أو أحد من أقاربه ، أو امرأته ، فإنها ترد أبداً إلى سيدها إلا أن يطأها الذي أحلت له ، فيدرأ عنه الحد بالشبهة ، كان جاهلاً أو عالماً ، وتلزمه قيمتها ، حملت أو لم تحمل . وليس لربها التماسك بها بعد الوطء ، بخلاف وطء الشريك ، فإن كان له مال أخذ منه قيمتها ، وإن كان عديماً وقد حملت كانت القيمة في ذمته ، وإن لم تحمل بيعت عليه في ذلك ، فكان له الفضل [وعليه][5] النقصان .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : إن أقرت وصدقها .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) سقطت من ك .

(٥) سقطت من ك .

[في المسلم يقر أنه زنى في كفره ، أو يزني بذمية أو حربية]

ومن أسلم ثم أقر أنه زنى في حال كفره ، لم يحد ؛ لأن ذلك زنا لا حد فيه .

وإن زنى مسلم بذمية ، حُدّ وردت هي إلى أهل دينها .

وإن دخل مسلم دار الحرب بأمان ، فزنى بحربية فقامت [عليه][1] بينة من المسلمين أو أقر بذلك ، فعليه الحد .

[في إقرار العبيد بالحدود]

وما أقر به العبد من قصاص أو حد لله تعالى يحكم به في بدنه ، أقامه عليه الإمام بإقراره .

وإن أقر أنه جرح عبداً ، فليس لسيد العبد المجروح إلا القصاص ، وليس له أن يعفو عن العبد على أن يأخذه ؛ لأن العبد يتهم حينئذ أنه أراد الخروج من يد سيده إلى هذا .

وكذلك إن أقر أنه قتل عبداً أو حراً ، فإنما لسيد العبد وأولياء الحر[2] القصاص ، وليس لهم أن يستحيوه ويأخذوه .

[في الذي تجتمع عليه حدود وقصاص]

ومن اجتمع عليه قصاص في بدنه للناس وحدود [لله][3]، بدئ بما هو لله تعالى ،

(١) سقطت من ق .

(٢) في هـ و ز : الحر المقتول .

(٣) سقطت من ك .

فإن كان فيه محمل ، أقيم عليه ما للناس مكانه ، وإن خيف عليه ، أُخّر حتى يبرأ أو يقوى . وقد تقدم هذا[1] .

وإن سرق وزنى وهو محصن ، رجم ولم تقطع يده ؛ لأن القطع يدخل في القتل ، ولا يتبع بقيمة السرقة إن كان معدماً .

وإن طرأ له مال علم[2] أنه أفاده بعد السرقة بهبة أو غيرها ، لم يأخذ منه المسروق شيئاً في قيمة سرقته ، إلا أن يعلم أن هذا المال كان له يوم سرق ؛ لأن اليد[3] لم يترك قطعها وإنما دخل قطعها في القتل .

ومن أقر أو شهدت عليه بينة أنه زنى بعشر نسوة ، أجزأه حد واحد .

وإن شهدوا عليه أنه زنى وهو بكر ، ثم زنى بعد أن أحصن[4] فإنما عليه الرجم ولا يجلد .

وكل حد لله أو قصاص اجتمع مع قتل ، فالقتل يأتي على ذلك كله ، إلا حد القذف فإنه يقام [عليه][5] قبل القتل ، وذلك لحجة المقذوف من لحوق عار القذف به إن لم يحد له .

[فيمن عملَ عمل قوم لوط ، أو أتى بهيمة أو قذف بذلك رجلاً أو بالزنا]

ومن عمل عمل قوم لوط ، فعلى الفاعل والمفعول به الرجم ، أُحصنا أو لم يحصنا ، ولا صداق في ذلك في طوع أو إكراه .

---

(١) تقدم في كتاب حد الزنا في هذا الجزء ، انظر (ص ٤١٤) .

(٢) في ز : أو علم .

(٣) في ز : اليوم .

(٤) في ك : وهو محصن .

(٥) سقطت من ق و هـ و ز .

وإن كان المفعول به مكرهاً أو صبياً طائعاً ، لم يرجم ، ورجم الفاعل ، والشهادة فيه كالشهادة على الزنا .

وإن أتى امرأة أجنبية في دبرها ، وليست له بزوجة ولا ملك يمين ، أقيم عليه حد الزناً ، وإن أكرهها فعليه المهر مع الحد .

وإن أتى بهيمة ، لم يحد ونكل ، ولا تحرق البهيمة ولا يضمنها . ولا بأس بأكل لحمها[١]. وأنكر مالك الحديث : « إن غلّ أحرق رحله »[٢].

---

(١) في ق : بأكلها .

(٢) في ك : الحديث : من أتى بهيمة أحرق ورحله . وفي المدونة : « لأن مالكاً سئل عن حديث يذكره بعض أهل الشام عن غير واحد أن من غلّ أُحرق رحله ، فأنكر ذلك إنكاراً شديداً وأعظم أن يحرق رحل رجل من المسلمين ». والحديث الذي يشير إليه هنا رواه أبو داود في سننه (٢٧٠٦) (٢١٤/٣) كتاب الجهاد باب عقوبة الغالّ ، من طريق صالح بن محمد بن زائدة قال : دخلت مع مسلمة أرض الروم فأتي برجل قد غلّ ، فسأل سالماً عنه ، فقال : سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ قال : « إذا وجدتم الرجل قد غلّ فأحرقوا متاعه واضربوه » . ورواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٤٧/٥) (٩٥١٠) باب كيف يصنع بالذي يغل من طريق صالح ابن محمد أيضاً ، وصالح بن محمد بن زائدة هذا قال عنه البخاري في التاريخ الكبير (٢٩١/٤) (٢٨٦٢) : « منكر الحديث يروي عن سالم عن ابن عمر عن عمر رفعه : من غلّ فأحرقوا متاعه ، وقال ابن عباس عن عمر عن النبي ﷺ في الغلول : ولم يحرق » ، والحديث أيضاً رواه الترمذي وقال عنه : غريب .

ووجه إيراد ابن القاسم لإنكار مالك لهذا الحديث في معرض نهيه عن حرق البهيمة ـ والله أعلم ـ هو أن مالكاً أنكر ما في هذا الحديث من حرق رحل هذا الرجل ومتاعه ، فقياس مذهبه أن ينكر حرق بهيمته ؛ لأنها من ماله ومتاعه ، بل إن إحراق البهيمة أو قتلها أشنع ؛ لأنها ذات كبد رطبة ، فضلاً عن أن البهيمة لا ذنب لها في كون الرجل أتاها . وقد ذهب إلى قتل البهيمة والفاعل فيها أبو سلمة بن عبد الرحمن والإمام أحمد في رواية ، مستندين إلى حديث ابن عباس =

ومن قال لرجل : يا لوطي ، أو : يا عامل عمل قوم لوط ، فعليه حد الفرية .

وإن قذفه ببهيمة أُدِّب أدباً موجعاً ولم يحد ؛ إذ لا يحد من أتى بهيمة .

وكل ما لا يقام فيه الحد ، فليس على من رمى رجلاً بذلك حد الفرية .

ومن قذف رجلاً بالزنى ، فعليه الحد ، وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزان ، وإن علم المقذوف من نفسه أنه كان [قد][1] زنى ، فحلال[2] له أن يحده .

= - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه ». رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن . وقد أجاب المالكية والجمهور عن هذا الحديث من عدة أوجه :

أولاً : أن الحديث في صحته نظر ، كما أشار إلى ذلك الشافعي وغيره .

ثانياً : على فرض صحته فهو منسوخ بما روي عن ابن عباس أنه قال : ليس على من أتى بهيمة حد . ولا يتصور منه أن يقول بعد النبي ﷺ بما يخالف حديثه عنه ، إلا بعد ثبوت نسخه عنده .

ثالثاً : على فرض صحته وعدم نسخه فإنه يؤول القتل فيه باللعن والإبعاد ، إذ قد يعبر عن ذلك بالقتل على سبيل المجاز ، على حد قوله تعالى : ﴿ قتل الإنسان ما أكفره ﴾ أي : لُعن ما أجحده ، وقوله تعالى : ﴿ قتل أصحاب الأخدود ﴾ أي : لعنوا ، وقد ورد في رواية البيهقي للحديث : ملعون من وقع على بهيمة ، وورد في لفظ عند البيهقي والترمذي أنه قيل لابن عباس : ما شأن البهيمة ؟ قال : ما سمعت عن رسول الله فيها شيئاً ، ولكن أرى رسول الله ﷺ كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها ، وقد عمل بها ذلك . انظر : تلخيص الحبير (٤/٢٥)، الفتح الكبير (٣/١٤٦ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥) ، زاد المعاد (٣/٢٠٩) ، نيل الأوطار (٧/١٢٥) ، التقييد (٦/٢٩٢) .

(١) سقطت من ق .

(٢) في ز : بحلال .

[في اختلاف البينة في الحدود والطلاق والعتاق]

ومن شهد عليه شاهد أنه قال يوم الخميس لفلان : يا زان ، وشهد آخر أنه قال [له][1] يوم الجمعة : يا زان[2] ، فعليه الحد . وكذلك الطلاق والعتاق .

وإن شهد عليه رجل أنه قال يوم السبت : إن دخلت دار فلان فامرأتي طالق البتة ، وشهد عليه آخر أنه حلف بتلك اليمين يوم الاثنين ، فإنه إن حنث طلقت عليه بشهادتهما ، ولو شهد واحد أنه طلق [عنده][3] امرأته في رمضان ، وآخر في رجب ، طلقت عليه .

وإن شهد واحد أنه قال : إن دخل دار فلان فامرأته طالق البتة ، وشهد آخر أنه حلف : إن ركب دابة فلان فامرأته طالق البتة ، وشهدت عليه بينة أنه دخل الدار وركب الدابة ، لم تطلق عليه . والعتق [في][4] مثل هذا سواء .

ولو شهد شاهد على رجل أنه شج فلاناً موضحة[5] ، وشهد عليه آخر أنه أقر أنه شجه موضحة ، قضي بشهادتهما ؛ لأن الإقرار والفعل ههنا شيء واحد ، ولو اختلف الفعل والإقرار ، لم يقض بشهادتهما .

ولو شهد عليه رجل أنه ذبح فلاناً ذبحاً ، وقال آخر : أشهد أنه أقر عندي أنه أحرقه بالنار ، فالشهادة باطلة .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ك : يوم الجمعة مثل ذلك .

(٣) سقطت من ز .

(٤) سقطت من ق و هـ و ز .

(٥) الموضحة : تقدم أنها هي التي أوضحت العظم .

[في حد قاذف لجماعة ، والعفو والشفاعة في حد القذف والتعزير]

ومن قذف جماعة في مجلس ، أو مفترقين في مجالس شتى ، فعليه حد واحد .

فإن قام به أحدهم فضرب له ، كان ذلك الضرب لكل قذف كان قبله ، ولا يحد لمن[1] قام به منه بعد ذلك ، وليس في حد القذف عفو إذا بلغ الإمام ، أو صاحب الشرط أو الحرس ، إلا أن يريد المقذوف ستراً[2].

وأما النكال والتعزير ، فيجوز فيه العفو والشفاعة وإن بلغ الإمام .

وقد قال مالك ـ رحمه الله ـ فيمن يجب عليه التعزير أو النكال ، وانتهى إلى الإمام ، قال : إن كان من أهل العفاف والمروءة وإنما هي طائرة[3] منه ، تجافى السلطان عن عقوبته ، وإن عرف[4] بالأذى ضربه النكال[5].

[فيمن عفا عن قاذفه ثم أراد القيام عليه]

ومن عفا عن قاذفه قبل بلوغ الإمام ولم يكتب عليه بذلك كتاباً ، فلا قيام له بعد ذلك ، وكذلك إن عفا في النكال .

---

(١) في هـ : من .

(٢) تقدمت هذه المسألة في كتاب الحد بالزنا ، وفي كتاب القطع في السرقة ، وتم التعليق عليها في الموضعين ، وقد بينت في الموضعين أن المراد بالستر هو أن يريد المقذوف بالعفو عن القاذف الستر على نفسه من شهرة نسبة ما قذف به إليه وفشو ذلك بين الناس ، لا سيما إذا كان ممن يتهم بذلك أو سبق عليه حد في مثل ذلك . انظر (ص ٤١٤ ، ٤٢٩) من هذا الجزء .

(٣) الطائرة : الغضبة ، من قولهم : طار طائره ، إذا غضب . القاموس (٤٣٢) .

(٤) في ز : عرفه .

(٥) انظر : المدونة (٢١٦/٦) .

[في العفو في القصاص ، وقول الرجل لآخر : يا مخنث]

ويجوز العفو في القصاص الذي للناس بعد بلوغ الإمام .

ومن قال لرجل : يا مخنث ، فرفعه إلى الإمام حُدّ ، إلا أن يحلف أنه لم يرد قذفاً ، فإن حلف أُدّب ولم يحد .

[فيمن يحق له القيام بالقذف ، وإقامة الشهود عليه]

ولا يقوم بالقذف(١) إلا المقذوف .

وإن شهد قوم على رجل أنه قذف فلاناً وفلان يكذبهم ، ويقول : ما قذفني ، لم تجز شهادتهم ، إلا أن يكون المقذوف هو الذي أتى بهم وادعى ذلك ، ثم أكذبهم بعد أن شهدوا عند السلطان ، أو قال : ما قذفني ، فإنه حَدٌّ وجب لا يزيله هذا(٢) ، بمنزلة عفوه(٣) ، ويضرب القاذف الحد ، وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد : ما شهدنا إلا بزور ، دُرئ الحد [عنه](٤) .

[في الرجل يشهد على الرجل بالحد]

وإذا شهد رجل على رجل بشرب الخمر أو بالزنا ، وقال للقاضي : أنا آتيك بشهود على ذلك ، فإن ادعى أمراً قريباً في الحضر ، حُبس هو والمشهود عليه ، ولا يؤخذ في هذا كفيل ، وقيل له : ابعث إلى من يشهد معك ، فإن أتى بمن يشهد معه أقيم على المشهود عليه الحد في الخمر ، وإن لم يأت

---

(١) في ق : بالحد .

(٢) في ز : هذا منه .

(٣) في هـ و ز : عفوه عنه .

(٤) سقطت من ق و هـ و ز .

به أو ادعى شهادة بعيدة ، لم ينتظر ونُكّل . وأمّا في الزنا فلا يخرجه[1] من حد القذف ، إلا أن يأتي بأربعة[2] سواه .

وكذلك لو قذفه بالزنا قاذف ، ثم جاء[3] هو وثلاثة يشهدون ، فإنهم يحدون [أجمعون][4] .

[فيمن قال لرجل : يا سارق ، أو سرقت متاعي ، ولا بينة له ، أو شهد عليه شاهد بالسرقة]

ومن قال لرجل : يا سارق ، على وجه المشاتمة ، نُكل . فأما إن قال له : سرقت متاعي ، ولا بينة له ، وكان الذي قيل له ذلك من أهل التهم ، فلا شيء عليه ، وإن[5] شهد عليه [شاهد][6] أنه سرق متاع فلان ، حلف صاحب المتاع واستحقه ، ولم يقطع السارق بشهادة واحد ، وإن لم يكن للسرقة طالب ، مثل أن يقول : رأيته دخل داراً[7] فأخذ منها شيئاً ، فإن كان الشاهد عدلاً ، لم يعاقب وإلا عوقب ، إلا أن يأتي بالمخرج من ذلك .

وتجوز كتب القضاة إلى القضاة في الحدود والقصاص والأموال .

---

(١) في ك : فلا يجزيه .

(٢) في ز : بأربعة شهداء .

(٣) في هـ : جاء القاذف .

(٤) سقطت من ق .

(٥) في هـ : وإن لم يتهم نكل القائل ، وإذا . .

(٦) سقطت من ق .

(٧) في ز : دار فلان .

[في الذي يقول لأجنبية : زنيت وأنت صبية أو نصرانية أو مستكرهة ، أو قال ذلك لرجل ، أو قال لعبد أو أمة بعد عتقهما : زنيتما في رقكما]

ومن قال لأجنبية : زنيت [وأنت صبية[1] ، أو زنيت][2] وأنت نصرانية ، أو قال ذلك لرجل ، فعليه الحد ؛ لأنه لا يخلو أن يكون قاذفاً أو معرضاً .

وكذلك لو قال لهما : رأيتكما تزنيان في حال الصبا ، أو في حال كفر تقدم[3] ، أو قذفهما بالزنا قذفاً ، [ثم][4] أقام بينة أنهما زنيا في حال الصبا ، أو في حال كفر تقدم [منهما ، لم ينفعه ذلك][5] ويحد ؛ لأن هذا لا يقع عليه اسم زنا .

ومن قال لعبد وأمة قد عتقا : زنيتما في حال رقكما ، أو قال لهما : يا زانيان ، ثم أقام بينة أنهما زنيا في حال الرق ، لم يحد ؛ لأن اسم الزنا في الرق لازم لهما ، وإن لم يُقم البينة ، حُد .

[في الذي يقول لزوجته أو أجنبية : إنها زنت وهي مستكرهة ، أو يعرّض بزوجته ، أو يقول لأجنبية : قد قذفتك قبل أن تسلمي]

ومن قال لزوجته : زنيت وأنت مستكرهة ، أو قال ذلك لأجنبية ، فإنه يلاعن الزوجة ، ويحد للأجنبية .

---

(١) في هـ : صابية .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) في ز : تقدم منهما .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

ولو جاء في هذا ببينة ، لم يحد وإن لم يلحقها بالاستكراه اسم الزنا ؛ لأنه علم أنه لم يرد إلا أن يخبر بأنها قد وُطئت غصباً .

ومن عرض بالزنا لامرأته ولم يصرح بالقذف ، ضرب الحد إن لم يلتعن . ويكون الذي[1] قذف التي أسلمت أو التي أعتقت ، أو الصغيرة التي قد بلغت ، أو امرأته ، قاذفاً حين تكلم بذلك .

ومن قال لامرأة قد أسلمت : كنت [قد][2] قذفتك في نصرانيتك بالزنا ، فإن كان إنما سألها العفو متمخياً[3] ، أو أخبر بذلك أحداً على وجه الندم على ما مضى من ذلك ، فلا شيء عليه ، وإن لم يقل ذلك لوجه يعذر به ، فعليه الحد .

[في القيام بحد الميت والغائب]

ومن قذف ميتاً كان لولده ، وولد ولده ، ولأبيه ، وجده لأبيه أن يقوموا بذلك ، ومن قام منهم أخذه بحده ، وإن كان ثم من هو أقرب منه ؛ لأنه عيب يلزمهم .

---

(١) في ك : إذا قذف الذي أسلمت .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز و ك : متمحياً . وفي المدونة : ممتحناً . وفي نسخة الزرويلي التي عليها شرحه (التقييد) متمخناً ، وقد نقل الزرويلي عن القرشي أن متمخنا بالخاء هو الصواب أي : مستسلماً ، مأخوذ من طلب المخ في العظم بعد أكل اللحم ، وهي استعارة عن طلب غاية العفو .

قلت : ولم أقف عليه بالنون في معاجم اللغة على ما نقل الزرويلي ، وإنما وقفت عليه بالياء كما في نسخة ق و هـ . قال في القاموس : تمخيت منه : تبرأت وتحرجت وإليه اعتذرت . وقال في اللسان : تمخيت إليه أي اعتذرت . انظر : التقييد (٦/٢٩٦)، القاموس (١٧٤٧)، اللسان (١٣/٤٩) .

وليس للإخوة وسائر العصبة قيام مع هؤلاء ، فإن لم يكن من هؤلاء أحد ، فللعصبة القيام ، وللأخوات وللجدات القيام بالحد ، إلا أن يكون له ولد .

وإن لم يكن لهذا المقذوف وارث ، فليس للأجنبي أن يقوم بحده ، وأما الغائب فليس لولد ولا لغيره ، القيام بقذفه إلا أن يموت ، وإن مات ولا وارث له فأوصى(١) بالقيام بقذفه ، فلوصيه القيام به .

وإذا قذفت امرأة ميتة أو غائبة ، فقام بحدها ولد ، أو ولد ولد ، أو أخ ، أو أخت ، أو ابن أخ ، أو جد ، أو عم ، أو أب ، فأما في الموت فيمكن من(٢) ذلك ، وأما في الغيبة فلا .

[في القذف بوطء الأمة المجوسية أو الزوجة الحائض ، وقذف الصبي والصبية وزناهما]

ومن وطئ أمة له مجوسية ، أو امرأته وهي حائض ، فقذفه رجل ، فعليه الحد .

ومن قذف بالزنا صبياً لم يحتلم ، فلا حد عليه ، وإن كان مثله يطأ .

وإن قذف بذلك صبية لم تبلغ المحيض ومثلها يوطأ ، فعليه الحد .

ولا يحد الصبي والصبية في الزنا أو غيره من الحدود ، حتى يحتلم الغلام وتحيض الجارية ، أو يتأخر(٣) ذلك حتى يبلغا سناً لا يبلغه أحد إلا رأى ذلك ، من(٤) احتلام

---

(١) في ك : فأرضى .

(٢) في هـ : فيكون له . وفي ز : فيمكنون من .

(٣) في هـ و ز : فإن تأخر .

(٤) في ز : إلا كان حكمه حكم .

أو حيض[1] ، فإن أنبت الغلام ، وقال : لم أحتلم ، ويمكن فيمن بلغ سنه أن [لا][2] يحتلم ، فلا يحد حتى يحتلم أو يبلغ سناً لا يبلغه أحد إلا احتلم[3] .

[فيمن قذف عبداً أو أم ولد أو ذمياً أو نصرانية قد تزوجت مسلماً ، وفي حد من قُذف وفيه علقة رق]

ومن قذف عبداً أو أم ولد ، أُدّب .

ومن قذف ذمياً ، زُجر عن أذى الناس [كلهم][4] .

ومن قذف نصرانية ، ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم ، نكل بإذايته المسلمين .

وكل من فيه علقة رق إذا زنا أو قذف ، فحده حد العبيد .

[في المحارب يقذف]

ويؤخذ المحارب إذا تاب ، بما قذف في حال حرابته وبحقوق الناس .

وإذا قذف حربي في دار الحرب مسلماً ، ثم أسلم الحربي بعد ذلك أو أسر فصار عبداً ، لم يحد للقذف ، ألا ترى أن القتل موضوع عنه .

ويقطع الذمي إذا سرق ، ولا يحد إذا زنى . وقد تقدم هذا[5] .

---

(١) في ز : أو حيض ، وذلك ثمانية عشر سنة .

(٢) سقطت من ق و هـ و ز .

(٣) وهي ثماني عشرة سنة على المشهور ـ كما تقدم ـ وقد تقدم الكلام على الإنبات وحده قبل بلوغ سن البلوغ وهل هو علامة بلوغ أم لا ، وتم التعليق وتحقيق المذهب في ذلك في كتاب حد السرقة . انظر (ص٤٥٢) من هذا الجزء ، تعليق رقم (١) .

(٤) سقطت من ق .

(٥) تقدم في كتاب حد السرقة في هذا الجزء ، انظر (ص ٤٢٩) .

وإذا أتى حربي بأمان فقذف مسلماً ، فإنه يحد .

[فيمن قال لامرأته : يازانية ، فقالت : بك ، وقول الرجل لغيره : يا فاسق أو فاجر ، أو : يا ابن الفاجرة أو الفاسقة]

ومن قال لامرأته : يا زانية ، فقالت له : زنيت بك ، حُدت للزنا وللقذف ، إلا أن ترجع عن الزنا فتحد للقذف فقط ، ولا يحد الرجل ؛ لأنها صدّقته .

ومن قال لرجل : يا فاجر ، [أو][1] يا فاسق ، أو قال [له][2]: يا ابن الفاجرة أو يا ابن الفاسقة ، فعليه في ذلك النكال .

وإن قال له : يا خبيث ، حلف ما أراد [بذلك][3] القذف ونكل ، فإن لم يحلف[4]، لم يحد ونكل .

ولو قال له : يا ابن الخبيثة ، حلف أنه ما أراد قذفاً ، فإن لم يحلف سجن حتى يحلف ، فإن طال سجنه نكل ، والنكال على قدر ما يراه الإمام .

وحالات الناس في ذلك مختلفة ، فالمعروف بالأذى يبالغ في عقوبته .

وأما ذو الفضل والمروءة تقع منه الفلتة ، فليعاقب بالشتم الفاحش عقوبة مثله ، وإن كان شيئاً خفيفاً ، فليتجاف عنه .

---

(١) سقطت من ق و ك و هـ .

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقطت من ق و هـ و ز .

(٤) في ز : لم يحلف سجن حتى يحلف ، فإن طال سجنه .

[فيمن قال لرجل : يا شارب الخمر يا خائن يا آكل الربا يا حمار يا ثور يا خنزير ، أو يا ابن فاعل ذلك]

ومن قال لرجل : يا[1] شارب الخمر ، أو : يا خائن ، أو : يا آكل الربا ، أو : يا حمار ، أو : يا ابن الحمار ، أو : يا ثور ، أو : ياخنزير ، فعليه النكال .

وإن قال له : يا فاجر بفلانة ، ضرب ثمانين ، إلا أن يأتي ببينة على أمر صنعه بها من وجوه الفجور ، أو يدعي أمراً له فيه مخرج ، مثل أن يجحدها[2] مالاً ، فيقول : لم تفجر بي وحدي ، قد فجرت بفلانة قبلي ، للأمر الذي كان بينهما[3] ، فليحلف أنه ما أراد إلا ذلك ويصدق .

[فيمن قال لرجل : جامعتَ فلانة حراماً أو باضعتها حراماً]

ومن قال لرجل : جامعت فلانة حراماً ، أو باضعتها حراماً ، أو وطئتها حراماً ، ثم قال : لم أرد قذفاً ، [و][4] أردت أنك تزوجتها تزويجاً حراماً ، أو حكى ذلك عن نفسه فطالبته المرأة ، فقال : لم أرد قذفاً وأردت أني [كنت][5] قد وطئتك بنكاح فاسد ، فإنه يحد ، إلا أن يقيم في الوجهين بينة أنه تقدم [له][6] فيها نكاح فاسد منه ، أو من الرجل المقذوف ، أو تزوجها في عدتها تزويجاً حراماً ، ويحلف أنه ما أراد إلا ذلك ، فيدرأ عنه الحد .

---

(١) في ز : يا ابن .

(٢) في ك : يجحد .

(٣) في ق و هـ : بينهم .

(٤) سقطت من هـ . وفي ز : وإنما .

(٥) سقطت من ك .

(٦) سقطت من ق .

وكذلك قوله لرجل : كنت وطئت أمك ، وقال : أردت بنكاح ، فإن أتى ببينة أنه تزوجها لم يحد ، وإلا حد .

[في التعريض في القذف]

ومن قال لرجل : ما أنا بزان ، أو قال : قد أخبرت أنك زان ، حُد ؛ لأن في التعريض الحد كاملاً .

وإن قال : أشهدني فلان أنك زان ، حُد ، إلا أن يقيم بينة على قول فلان .

وكذلك إن قال له : يقول لك فلان : يا زان ، قال ذلك كله عند الإمام أو عند غيره .

[فيمن قال لعبد : يا زان ، فقال له العبد : بل أنت ، أو قال لرجل : زنى فرجك أو رجلك]

وإن قال رجل حر لعبد : يا زان ، فقال له العبد : لا ، بل أنت ، نكل الحر وجُلد العبد حد الفرية أربعين .

ومن قال لرجل : زنى فرجك ، أو يدك ، أو رجلك ، فعليه الحد .

[في نفي الرجل عن أبيه أو جده أو نسبه أو مواليه أو نسبته إلى غيرهم]

ومن قال لرجل مسلم : لست لأبيك ، وأبوه نصراني وأمه نصرانية ، أو[1] كان أبوه عبداً مسلماً ، فإنه[2] يحد لأنه نفاه .

(١) في ز : جلد الحد لأنه نفاه ، وإن كان .

(٢) في ق : فإنما .

وكذلك إن قال له : لست ابن فلان لجده ، وجده كافر . أو قال لرجل من ولد عمر بن الخطاب : لست ابن الخطاب ، فإنه يحد ؛ لأنه قطع نسبه .

وإن قال له : ليس أبوك الكافر ابن أبيه ، لم يحد ، حتى يقول للمسلم : لست من ولد فلان .

[وكذلك][1] لو قال لكافر : لست لأبيك ، أو ليس أبوك فلاناً ، أو يا ولد زنا ، أو يا ابن الزانية ، فلا يحد وإن كان للمقذوف ولد مسلم .

وإن قال لرجل : لست ابن فلان لجده ، وقال : أردت أنك لست ابنه[2] لصلبه ، لأن دونه لك أب ، لم يصدق وعليه الحد ، كان جده مسلماً أو كافراً .

وإن قال له : أنت ابن فلان ، نسبه إلى جده في مشاتمة أو غيرها ، لم يحد .

وكذلك إن نسبه إلى جده لأمه ، لم يحد ؛ لأنه كالأب يحرم عليه ما نكح .

ولو نسبه إلى عمه ، أو خاله ، أو إلى زوج أمه ، لحد .

وكذلك إن نسبه إلى غير أبيه في سباب أو في غير سباب ، فعليه الحد .

ومن قال لعربي : لست من بني فلان ، لقبيلته التي هو منها ، حُد ، وإن كان مولى لم يحد بعد أن يحلف أنه لم يرد نفياً ؛ لأنه من عرض بقطع نسب رجل ، كمن عرض بالحد .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ك : ابن فلان لصلبه .

وكذلك إن قال لعربي : يا نبطي[1] ، فعليه الحد ، وإن قال [ذلك][2] لرجل من الموالي ، حلف أنه لم يرد نفياً ، ونكل ، وإن لم يحلف ، لم يحد ونكل .

وإن قال لرجل من الموالي : لست من موالي بني فلان ، وهو منهم ، ضرب الحد ؛ لأنه قطع نسبه .

وكذلك إن قال له : لست من الموالي ، وله أب معتق ، أو قال له : لست من موالي[3] فلان ، وفلان قد أعتق أباه أو جده ، فإنه يحد .

وإن قال : لست مولى فلان ، وفلان قد أعتقه نفسه ، لم يحد ؛ لأنه لم ينفه من نسب .

ومن قال لرجل : لست ابن فلان ، وأمه أم ولد ، ضُرب الحد ؛ [لأنه قطع نسبه][4].

[في قذف السيد لعبده]

ومن قال لعبده و[5] أبواه حران [مسلمان][6]: لست لأبيك ، ضرب سيده

---

(١) نبطي نسبة إلى النبط . قال في القاموس : وهم جيل ينزلون بالبطائح بين العراقين ، وهم ليسوا من العرب . انظر : القاموس (٦٨٩)، اللسان (١٤/٢٢) .

(٢) سقطت من ق و ك .

(٣) في هـ و ز : موالي بني .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز و ك و هـ .

(٥) في ق : وله .

(٦) سقطت من ك .

الحد . وكذلك إن قال له : يا ابن الزانية ، أو يا ابن الزاني ، فإن كان أبوا العبد قد ماتا ولا وارث لهما ، أو لهما وارث ، فإن للعبد أن يحد سيده في ذلك .

وإن قال [لعبده][1]: لست لأبيك ، وأبوه مسلم وأمه كافرة أو أمة ، فقد وقف فيها مالك[2]. قال ابن القاسم : وأنا أرى أن يحد ؛ لأنه حمل أباه على غير أمه .

[في الذي ينفي نسب الميت أو ينسب العربي أو غيره إلى غير جنسه]

ومن قال : إن فلاناً الميت ليس لأبيه ، فلأب الميت القيام بالحد ؛ لما نفاه من نسب ولده .

ومن قال لعربي : لست من العرب ، أو قال [له][3]: يا حبشي ، أو : يا فارسي ، أو يا رومي ، أو : يا بربري ، فعليه الحد .

وإن قال للفارسي : يا رومي ، أو يا حبشي ، أو [لبربري : يا فارسي ، أو : يا حبشي ، أو نحو هذا ، لم يحد][4].

وقد اختلف عن مالك ـ رحمه الله ـ في الذي يقول لبربري أو لرومي :

---

(١) سقطت من ك و ز .

(٢) قال الزرويلي : وإنما وقف فيها لأنه يحتمل أن يكون رمى بالزنا أمه ، وهي أمة أو كافرة فلا حد ، ويحتمل أن يكون رمى به أباه ، وهو حر مسلم فيجب الحد ، فلما تعارض هذان الاحتمالان وقف فيها مالك ، وقد أجاب فيها ابن القاسم ـ كما ترى ـ . انظر : التقييد (٣٠٠/٦)، منح الجليل (٢٧٠/٩) .

(٣) سقطت من ق .

(٤) ما بين المعكوفتين ورد في بعض النسخ بصيغ مختلفة ، والمثبت من ق و ط .

يا حبشي ، أن عليه الحد أو لا حد عليه[1] ، وأنا أرى أن لا حد عليه حتى[2] يقول له : يا ابن الأسود ، فإن لم يكن في آبائه أسود ، فعليه الحد . وأما إن نسبه إلى جنس[3] فقال له : يا ابن الحبشي ، وهو بربري ، فالحبشي والرومي[4] في هذا سواء إذا كان بربرياً .

وإن قال لفارسي أو بربري : يا عربي ، فلا حد عليه .

وإن قال لعربي : يا قرشي[5] ، أو لمصري : يا يماني ، أو ليماني : يا مصري[6] ، أو لقيسي : يا كلبي ، أو لرجل من كلب[7] : يا تميمي ، فعليه الحد ؛ لأن العرب

---

(١) وردت عن مالك في ذلك روايتان ، إحداهما أن عليه الحد ، والثانية أن لا حد عليه ، وهي التي اختارها ابن القاسم وهي التي عليها المذهب وإليها أشار خليل بقوله : « لا أن نسب جنساً لغيره ولو أبيض لأسود » أي فليس عليه الحد ، ولو نسب أبيض لأسود كقوله للرومي : يا حبشي أو العكس . ووجه التفرقة بين نسبة العربي لغير جنسه - حيث يجب فيها الحد - وبين نسبة غير العربي إلى غير جنسه - حيث لا يجب فيها الحد - هو أن العرب من عاداتهم الاهتمام بأنسابهم ، فتجد الواحد منهم يعد من آبائه العشرة أو أكثر ، فلو نسب أحد عربياً إلى غير جنسه بل إلى غير قبيلته يحد ؛ لأنه قطع نسبه ، بخلاف من نسب غيرهم لغير جنسه أو غير قبيلته فلا يحد ؛ لأنه لا يتحقق أنه قطعه عن نسبه ، إذ لعله كذلك في نفس الأمر . انظر : مختصر خليل (٢٧٢) ، منح الجليل (٢٨٣/٩) ، وانظر : التقييد (٣٠١/٦) .

(٢) في ق و هـ و ز : إلا أن .

(٣) في هـ و ز : حبشي .

(٤) في ق و هـ : والبربري .

(٥) في ك : يا فارسي .

(٦) في هـ : يا مصري .

(٧) في هـ : كليب .

تنسب إلى آبائها [وهذا][1] نفي لها من آبائها .

وأما إن قال لقرشي : يا عربي ، فلا يحد ؛ لأن كل قبيلة من العرب يجمعها هذا الاسم .

[فيمن قذف ولده أو ولد ولده ، وقود الأب أو الجد بابنهما]

ومن قذف ولده ، أو ولد ولده ، أو ولد ابنته ، فقد استثقل مالك أن يحد لولده ، وقال : ليس ذلك من البر . قال ابن القاسم : وأنا أرى إن قام علي حقه أن يحد له[2].

ويجوز في ذلك عفوه عند الإمام ، وكذلك ولد الولد .

ولا يقاد من أب أو جد ، في نفس أو جارحة ، وتُغلظ عليهما الدية ، إلا في العمد البين ، مثل أن يضجعه فيذبحه أو يشق جوفه .

---

(١) سقط من ز .

(٢) اختيار ابن القاسم هنا ضعيف في المذهب ، والمعتمد ما ذهب إليه مالك من استثقال ذلك وعدم جوازه ، وبه قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وسحنون ، قال ابن رشد : وهو مذهب مالك في المدونة في كتاب المديان ، وفي الحد في كتاب القذف ، وهو أظهر الأقوال .
قلت : وقد مشى خليل في مختصره على قول ابن القاسم ، حيث قال : « وله حد أبيه وفُسق » أي وفسق بحده لأبيه لما في ذلك من العقوق فلا تقبل شهادته . قال الدردير : ثم ما مشى عليه المصنف (خليل) ضعيف ، والمذهب أنه ليس للابن حد أبيه ولا تحليفه . وقال الحطاب : وقد ذكر الشيخ (خليل) في كتاب التفليس : إنه ليس له أن يحلف أباه إلا اليمين المنقلبة والمتعلق بها حق الغير ، فمشى هناك على مذهب المدونة ، ومشى هنا (يعني في حد الأب) على القول الضعيف . انظر : البيان والتحصيل (٩/١٧٤ ـ ١٧٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٣٣١)، مواهب الجليل (٦/٣٠٤ ـ ٣٠٥) .

وإن قال له [أبوه][1]: يا ابن الزانية ، فله القيام بحد أمه إن ماتت ، وإن كانت حية فلا قيام له بذلك إلا أن توكله .

ومن قال لبنيه : ليسوا بولدي ، فقام عليه أخوتهم لأمهم من رجل غيره ، فطلبوا حد أمهم وقد ماتت ، فإن حلف أنه لم يرد قذفاً وأنه أراد في قلة طاعتهم له ، لم يحد ، وإن نكل ، حد ، ولو كانت الأم حية كان لها القيام دون بنيها .

[فيمن قذف رجلا عند القاضي]

ومن قذف رجلاً بين يدي القاضي وليس معه غيره ، فلا يقيم عليه الحد ، وإن شهد معه [غيره][2]، فلا يحده هو أيضاً ، وليرفع ذلك إلى من هو فوقه [فيقيم الحد][3]، وكذلك إن رأى رجلاً اغتصب من رجل مالاً ولم يره غيره ، فلا يحكم به ، وليرفع ذلك إلى من فوقه ويكون هو شاهداً . وهذا المعنى مستوعب في كتاب الأقضية[4].

[فيمن قال لرجل : يا ابن الزانيين ، أو نفاه عن أمه ، وفي الرجل ينفي ولد امرأته أو أمته]

ومن قال لرجل : يا ابن الزانيين ، فإنما عليه حد واحد .

ومن قال لرجل : لست ابن فلانة ، لأمه ، لم يحد .

ومن قال لامرأته في ولدها منه : إنك لم تلديه ، وقالت هي : بل قد ولدته ، فإن

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٤) تقدم كتاب الأقضية في الجزء الثالث .

كان مقراً به قبل ذلك ، فهو ولده ولا يلاعن فيه ، [وليس][1] بقاذف ، وإن كان لم يقرّ [به][2] قط ، ولم يعلم بالحمل ، فـالولد ولـده ، إلا أن ينفيـه [بلعـان][3] ؛ لأن من أقر بالوطء فالولد ولده ، فإن نفاه التعن ، وإن نكـل عـن اللعـان ، لزمـه الولـد ولم يحد ، وكان كمن قال لرجل : لست لأمك .

ومن أقر بـوطء أمتـه ثم أتـت بولـد ، فقـال لهـا : لم تلديـه[4]، ولم يـدع استبراء ، وقالت الأمة : بل [قد][5] ولدته منك ، فهي مصدقة والولد لاحق به .

[في المرأة تنظر إلى رجل فتقول : ابني ، ومثله يولد لها]

وإذا نظرت امرأة إلى رجل فقالت : ابني ، ومثله يولد لمثلها ، فصدقها ، لم يثبـت نسبه منها ، إذ ليس ههنا أب يلحق به .

[في الذي يقول لرجل : يا ابن الأقطع ، أو : يا ابن الأسود ، ونحوه]

ومـن قـال لرجـل : يـا ابـن الأقطـع ، أو المقعـد ، أو الأعمـى ، أو الأحمـر ، أو الأزرق ، أو الأصـهب ، أو الآدم[6]، فـإن لم يكـن أحـد مـن آبائـه كذلـك ، جُلـد الحد ، وإن قال له : يا ابن الأسود ، ضرب الحد ، عربياً كان أو مولى ، إلا أن يكـون من آبائه أسود .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ك و هـ و ز .

(٤) في هـ : لم تلديه مني .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) في ك : الأدهم .

[في الذي يقول للرجل : يا ابن الحجام ، أو : يا ابن الخياط]

وإن قال له : يا ابن الحجام ، أو : يا ابن الخياط ، فإن كان من العرب ضُرب الحد ، إلا أن يكون من آبائه أحد يعمل ذلك [العمل][1] ، وإن كان من الموالي رأيت أن يحلف بالله ما أراد قطع نسبه ، ولا يحد وعليه التعزير ؛ لأن ذلك [من][2] أعمال الموالي .

وسُئل مالك ـ رحمه الله ـ عمن قال لرجل : يا ابن المطوق ، يعني : الراية[3] [التي][4] تُجعل في الأعناق وهو مولى فقال : لا يُحد ، وكأني رأيته أن لو كان عربياً لجعل عليه الحد[5].

[فيمن قال لرجل : يا أبيض ، أو : يا أسود ، أو : يا أعور ، وهو صحيح ، ونحو ذلك]

ومن قال لرجل أبيض : يا حبشي ، فإن كان من العرب حُد ، وإن كان من غير

---

(١) سقطت من ك .

(٢) سقطت من ك و ز .

(٣) قال الزرويلي : « الراية أي : الغل الذي يجعل في أعناق الإبل ». وهي كناية عن المهانة . انظر : التقييد (٣٠٣/٦) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) وما رآه ابن القاسم هنا هو مفهوم كلام مالك في المدونة ففيها : « وسمعت مالكاً سئل عن رجل قال لرجل : يا ابن المطوق ، قال مالك : ممن هو ، قالوا : من الموالي ، فلم ير عليه الحد . قال ابن القاسم : وكأني رأيته ذلك اليوم يرى أن لو كان من العرب لضربه الحد ، ولكنه لما قيل له : إنه من الموالي قال : لا حد عليه ، وسكت عن العرب » . المدونة (٢٣٢/٦) .

العرب ودعاه بغير جنسه من البيض كلهم ، فلا حدّ عليه ، وإن قال له : يا بربري ، وهو حبشي لم يُحد .

ومن قال لرجل : يا أعور يا مقعد ـ وهو صحيح ـ على وجه المشاتمة ، فإنما عليه الأدب ، ومن آذى مسلماً أُدّب .

ومن قال لعربي : يا مولى ، أو : يا عبد ، فعليه الحد ، وإن قال لمولى : يا عبد ، لم يحد .

[في الذي يقول للرجل : يا ابني ، أو: يا أبي ، أو : يا يهودي ، أو : يا نصراني ، أو : يا مجوسي ، ونحو ذلك]

ومن قال لرجل : يا أبي ، أو يا ابني ، فلا شيء عليه . وإن قال له : يا يهودي ، أو يا نصراني ، أو يا مجوسي ، ونحوه ، نُكل ، ولم يحد مالك في النكال حداً ، وإن قال له : يا ابن اليهودي[1] ، أو : يا ابن المجوسي ، أو : [يا][2]ابن عابد وثنٍ ، حد ، إلا أن يكون أحد من آبائه كذلك فينكل .

[فيمن قال : جامعت فلانة في دبرها أو عُكْنِها ، ونحو ذلك]

ومن قال : جامعت فلانة بين فخذيها ، أو في أعكانها ، فعليه الحد .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ولا يجب الحد إلا في قذف ، [أو نفي ،][3] أو تعريض يُرى أنه أريد به القذف ، ولا تعريض أشد من هذا ، وإن قال : فعلت بفلانة في دبرها ، فلها أن تطلبه بحدها ، فإن ثبت على إقراره ، حُد حد الزنا .

---

(١) في ز : اليهودي أو يا ابن النصراني .

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقطت من ك و هـ .

[في ارتداد المقذوف أو القاذف وأثر ذلك في الحد]

ومن قذف رجلاً ، ثم ارتد المقذوف ، أو قذفه وهو مرتد ، لم يحد قاذفه ، ولو رجع إلى الإسلام لم يحد له ، كمن قذف رجلاً بالزنا فلم يحد له حتى زنا المقذوف ، فلا يحد قاذفه .

ومن قذف رجلاً ثم ارتد القاذف ، أو قذف وهو مرتد ، فإنه يحد ، أقام على ردته أو رجع إلى الإسلام .

[فيمن قذف ملاعنة]

ومن قذف ملاعنة التعنت بولد أو بغير ولد ، حُد ، ومن قال لولد الملاعنة : لست لأبيك ، فإن كان في مشاتمة حُد ، وإن كان على وجه الخبر[1]، لم يحد .

ومن وطئ جارية[2] عنده رهناً ، أو عارية ، أو وديعة ، أو بإجارة ، فعليه الحد .

والله الموفق .

* * *

---

(١) في ز : الخير .

(٢) في ز : جارية غيره وهي .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب الأشربة[1] ﴾

[في المسكر]

قال[2]: وما أسكر كثيره من الأشربة ، فقليله حرام .

ومن شرب خمراً ، أو نبيذاً مسكراً ، قليلاً أو كثيراً ، سكر منه أم لا ، فعليه الحد ثمانون[3] جلدة ، وكذلك إن شهدت عليه بينة أن به رائحة مسكر ، جلد الحد ، كان أصله نبيذ زبيب ، أو عصير عنب أو تمر أو تين أو حنطة أو غير ذلك ، وكذلك الأُسْكُرْكَة[4] إذا أسكرت ؛ لأنها عنده خمراً إذا كانت تسكر ، وعصير العنب ونقيع الزبيب وجميع الأشربة[5]، شربها حلال ما لم تسكر ، فإذا أسكرت فهي خمر .

---

(١) مراده بكتاب الأشربة : ما يحل منها وما يحرم وما يوجب الحد وما لا يوجبه .

(٢) في ط و هـ : قال مالك .

(٣) في ق و هـ : ثمانين .

(٤) في ك : وكذلك السكركة والأسكركة ـ بضم الهمزة وسكون السين وضم الكاف الأولى والثانية وبينهما راء ساكنة ـ قيل : شراب الذرة ، وقيل : شراب يعمل من القمح ، وقيل شراب الأرز ، وقيل شراب الشعير . انظر : التقييد (٦/٣٠٦) .

(٥) في ق و ط : الأنبذة .

ولا أَحُدُّ[1] في مقام[2] الانتباذ قدراً من توقيت[3] أو غليان ، والسكر علة التحريم ولا ينظر إلى الغليان .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وكنت أسمع أن المطبوخ إذا ذهب ثلثاه لم يكره ، ولا أرى ذلك ، ولكن إذا طبخ حتى لا يسكر كثيره ، حل ، وإن أسكر كثيره ، حرم قليله ، ولا يجعل درديّ المسكر وعكره[4] في شراب يضران به ، ولا في شيء من الأشربة أو الأطعمة .

وأرخص مالك أن يُجعل في النبيذ عجين ، أو سويق ، أو دقيق ، ليعجله أو ليشتد به قليلاً ، ثم نهى عنه[5] ، وقال : بالمغرب تراب يجعلونه في العسل فأنا أكرهه ، وهذه أشياء يريدون بها إجازة الحرام .

قال ابن القاسم : ولا أرى به بأساً ما لم يسكر ، ولا يعجبني[6] أن ينبذ البسر المذنب[7] الذي قد أرطب بعضه ، حتى يكون بسراً[8] كله أو رطباً كله .

---

(١) في ق : أجد .

(٢) في ط : قيام .

(٣) في هـ : توقيت وقت .

(٤) دردي المسكر وعكره : ما خثر ورسب منه وبقي في أسفله ، وقال الزرويلي : الدردي : ما ينعقد في قيعان الفخار ، والعكر : هو الضافي . انظر : مختار الصحاح (١٠٣)، المصباح (٤٢٤)، التقييد (٣٠٦/٦) .

(٥) النهي هنا للكراهة ، وكذلك في مثل هذه الأشياء التي يمكن فيها الإسكار ولم يحصل ، أما إن حصل الإسكار فإنها تحرم ، وإمكان الإسكار إنما يوجب الكراهة إذا كان بقصر الزمن ، أما إمكان الإسكار بطول الزمن فلا يوجب الكراهة . انظر : منح الجليل (٤٦٣/٢) .

(٦) لا يعجبني هنا على الكراهة ـ كما تقدم ـ . انظر : التقييد (٣٠٧/٦)، منح الجليل (٤٦٣/٢).

(٧) قال عياض : المذنب الذي قد أرطب بعضه من جهة ذنبه . التقييد (٣٠٧/٦) .

(٨) في هـ و ز : حتى يصير بسراً .

ولا يجوز[1] أن ينبذ تمرٌ مع زبيب ، ولا بسر أو زهو[2] مع رطب ، ولا حنطة مع شعير أو شيء من ذلك مع تين أو عسل ؛ لأن النبي ﷺ نهى أن ينبذ البسر والتمر جميعاً ، أو الزهو والتمر جميعاً[3].

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وإن نبذ كل واحد مما ذكرنا على حدة ، لم ينبغ[4] أن يخلطا عند الشراب .

وما حلا[5] من النبيذ ، فلا يجوز فيه الخليطان[6] ، لنهي النبي ﷺ الذي جاء[7].

---

(١) قوله هنا « ولا يجوز » هذا من لفظ البراذعي ، وليس في المدونة تصريح بعدم الجواز ، وإنما فيها التصريح بالكراهة ففيها : قلت لم كره مالك أن يجمع بين الزبيب والتمر ، أو التمر والرطب ، أو الرطب والبسر في الانتباذ ؟ قال : للأثر الذي جاء . والنهي في الحديث محمول على الكراهة ما لم يشتد ذلك ، وإنما كره الخلط بينهما ؛ لأن كل واحد منهما يعين الآخر على سرعة الاشتداد ، ولو بقي كل واحد على حاله لما سرع إليه الاشتداد ، وهذا هو المشهور في المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله عاطفاً على ما يُكره : « وشراب خليطين » ، قال عليش : خُلطا عند النبذ أو الشرب كتمر وزبيب أو بسر مع رطب أو تمر وحنطة مع شعير . انظر : المدونة (٦/٢٦٢)، التقييد (٦/٣٠٧)، منح الجليل (٢/٤٦٢ ـ ٤٦٣) .

(٢) الزهو : البسر الملون ، يقال : إذا ظهرت الحمرة والصفرة في النخل فقد زهي . مختار الصحاح (١٣٨) .

(٣) رواه مالك في الموطأ (٢/٨٤٤) كتاب الأشربة ، باب ما يكره أن ينبذ جميعاً ، ومسلم في صحيحه (١٩٩١) كتاب الأشربة ، والترمذي (١٨٧٦) كتاب الأشربة ، وأبو داود (٣٧٠٣) كتاب الأشربة .

(٤) لم ينبغ هنا على الكراهة ما لم يشتد ذلك ـ كما سبق ـ .

(٥) في ق و هـ و ط : حلّ .

(٦) في ق : الخليطين .

(٧) وذلك في أحاديث متعددة ، منها ما رواه مالك في الموطأ ، كتاب الأشربة ، باب ما يكره أن =

وإذا خلط العسل بنبيذ لم يصلح[1] أن يشربه ، ويجوز أن يخلط نبيذه بالماء ويشربه ؛ لأن الماء لا ينتبذ ، وإنما يكره أن يخلطه بشيء يكون منه نبيذ .

ولا بأس بأكل الخبز بالنبيذ ؛ لأن الخبز ليس بشراب . قيل : فهل ينقع في نبيذه الخبز ويدعه يوماً أو يومين ثم يشربه قبل أن يسكر ؟ قال : هذا مثل ما أعلمتك من الجذيذة[2] وشبه ذلك أن مالكاً كرهه في قوله الآخر .

ولا ينتبذ في الدباء والمزفت[3]. قيل : أليس نهى النبي ﷺ عن الظروف ثم وسع فيها[4]؟ قال : قال مالك ـ رحمه الله ـ : قد ثبت نهي النبي عليه السلام عن الدباء

= ينبذ جميعاً (٢/٨٤٤) ، ومسلم في كتاب الأشربة باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين (١٩٨٧) ، ولفظ الموطأ أن رسول الله ﷺ نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً ، والنهي هنا كما قدمنا محمول في المذهب على الكراهة وعليها تدل ترجمة مالك ومسلم لهذه الأحاديث .

(١) قوله : لم يصلح ، على الكراهة ـ كما تقدم وكما سيصرح بقوله : وإنما يكره ـ .

(٢) الجذيذة قيل : السويق الكبير الطحن والتقطيع ، وقيل : القطعة من العجين . انظر : هامش المدونة (٦/٢٦٢) ، التقييد (٦/٣٠٧) .

(٣) الدباء هو القرع ، وهو حمل اليقطين . والمزفت : المطلي بالزفت ، وإنما نهى عن الانتباذ في الدباء والمزفت خوف تعجيل الإسكار ؛ لأنها تسرع الشدة إلى الشراب فيها . انظر : النهاية في غريب الحديث (٢/٩٦) ، مختار الصحاح (٢٥١) ، منح الجليل (٩/٤٦٣) ، التقييد (٦/٣١٠) .

(٤) وذلك في الحديث الذي رواه مسلم (١٩٩٩) كتاب الأشربة ، باب النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير ، وبيان أنه منسوخ وأنه اليوم حلال ما لم يسكر . ولفظه أن رسول الله ﷺ قال « نهيتكم عن الظروف وأن الظروف ـ أو الظرف ـ لا يحل شيئاً ولا يحرمه وكل مسكر حرام » وفي رواية : « كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير ألا تشربوا مسكراً » . وإنما أبقى الإمام مالك على الكراهة في الدباء ؛ لأنها ليست =

والمزفت[1] ، وأكرهه فيهما[2] ، ولا أكره غير ذلك من الفخار[3] أو غيره من الظروف ، وأكره مزفت الدباء وغير مزفته ، وأكره كل ظرف مزفت كان فخاراً أو دباء[4] أو غيرهما ، والزفت شيء يعرفه الناس يزفتون به قلالهم وظروفهم .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : إذا ملك المسلم خمراً فليهرقها ، فإن اجترأ فخللها[5] فصارت خلاً أكلها وبئس ما صنع[6] .

= من الأدم الذي ورد نسخ الانتباذ فيه ، وأبقى عليها في المزفت ، لحديث ابن عمر عند مسلم (٢٠٠٠) . قال : لما نهى رسول الله ﷺ عن النبيذ في الأوعية قالوا : « ليس كل الناس يجد ، فأرخص لهم في الجر غير المزفت » .

(١) وذلك في الحديث الذي رواه مالك في الموطأ ، كتاب الأشربة ، باب ما ينهى أن ينبذ فيه (٨٤٣/٢) أن رسول الله ﷺ نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت . ورواه مسلم في كتاب الأشربة ، باب النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء (١٩٩٢) .

(٢) في ك و هـ و ط : فلا ينتبذ فيهما .

(٣) في ك : في الفخار . والفخار : الخزف . مختار الصحاح (٢٣٥) .

(٤) في ق : أو زقاً . وفي هـ : أو زقاقاً .

(٥) في هـ و ط : فحللها .

(٦) قوله : وبئس ما صنع ، يحتمل أن يكون راجعاً إلى التخليل ، ويحتمل أن يكون راجعاً إلى الأكل والتخليل معاً ، وفي تخليلها في المذهب ثلاثة أقوال : أولها : المنع مطلقاً ، وهو قول لمالك . والثاني : الكراهة مطلقاً ، وهو قول ثان لمالك . وقوله : بئس ما صنع يحتمل القولين . القول الثالث : الفرق بين أن يخلل خمراً اقتناها فلا يجوز ، أو يتخمر عنده عصير فيجوز تخليله ، وعن هذه الأقوال الثلاثة في جواز التخليل تتفرع أقوال ثلاثة في جواز الأكل ، أولها : المنع ، والثاني : الجواز ، وهما لمالك ، والثالث : الفرق بين أن يخلل من الخمر ما اقتنى ، أو ما تخمر عنده مما لم يرد به الخمر ، وهذا قول سحنون . انظر : المقدمات (٤٤٣/١ ـ ٤٤٤) ، منح الجليل (٥٠/١) ، التقييد (٨/٦) .

وسئل مالك ـ رحمه الله ـ عن الخمر يجعل فيها الحيتان فيصير مرياً[1] ، فقال : لا أرى أكله ، وكرهه[2] .

تم كتاب الأشربة والحمد لله وحده .

*　　*　　*

*　　*

*

(١) هكذا في ق و ط و هـ و ز ، وكذلك في التقييد والمقدمات لابن رشد ، وفي ك : مربا ، بالباء ، وكذلك في المدونة . قلت : أما مرياً فلم أجد معناها في كتب الفقه والمعاجم ، ولعله مرِّي ، قال الجوهري : وهو الذي يؤتدم به ، كأنه منسوب إلى المرارة ، والعامة تخففه . انظر : المصباح (٨١٤/٢)، المدونة (٦٤/٦)، التقييد (٣٠٥/٦) .

(٢) الكراهة هنا على بابها . انظر : التقييد (٣٠٥/٦)، المقدمات (٤٤٣/١) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب جنايات العبد[1] ﴾

[في العبد يقتل رجلاً له وليان]

قال ابن القاسم : ولو أن عبداً قتل رجلاً له وليان ، فعفا أحدهما عن العبد على أن يأخذ جميعه ورضي بذلك السيد ، فإن دفع السيد إلى أخيه نصف الدية ، تم فعله ، وإن أبى[2] خُيِّر العافي بين أن يكون العبد بينهما أو يرده ، فإذا رده فلهما القتل أو العفو، فإن عفوا[3] عنه خُيِّر السيد بين إسلامه أو فدائه منهما بالدية . وقد قال أيضاً : إن للأخ الدخول مع أخيه في العبد ، فيكون بينهما لشركتهما في الدم[4] ، وكذلك إن عفا أحدهما على أن دفع إليه السيد [العبد][5] القاتل وزاده عبداً آخر ، فإن السيد إن دفع إلى الذي لم يعف نصف الدية ، تم ما صنع . وإن أبى ، قيل للعافي :

---

(١) قال الزرويلي : رسم سحنون كتاب الجنايات هذا لجنايات العبيد ، ورسم كتاب الجراح وكتاب الديات لجنايات الأحرار ، وقد عرف ابن عرفة جنايات العبيد بأنها : « إتلاف ذي رق دماً أو مالاً غير مأذون له في التصرف » . ونقل الزرويلي عن عياض أن جناية العبد هي : كل ما يحدثه على غيره عموماً مما لا يوافقه أو يضره في نفسه أو ماله . انظر : التقييد (٣٠٨/٦)، شرح حدود ابن عرفة (٦٨٩) .

(٢) في ز : أبى فعله .

(٣) في هـ : عفيا .

(٤) قال سحنون : وذلك إذا أحب الولي الذي لم يعف ، وهذا تتميم وبيان لقوله الأول ، وليس قولاً ثانياً . انظر : التقييد (٣٠٩/٦)، المدونة (٣٢٨/٦) .

(٥) سقطت من ك .

ادفع إلى أخيك نصف القاتل وحده فيتم[1] فعلك ، فإن أبى ، رد العبدين وقتلا[2] القاتل إن أحبا . وقد قيل[3]: إن الولي يدخل مع أخيه في العبدين ؛ لأنه ثمن للدم الذي بينهما .

[في العبد يقتل أو يجني فيعتقه سيده أو يبيعه وقد علم بذلك]

ومن أعتق عبده بعد علمه أنه قد قتل قتيلاً خطأ ، سئل[4] سيده ، فإن أراد حمل الجناية فذلك له ، وإن قال : ظننت أنها تلزم ذمته ويكون حراً يتبع بها ، حلف على ذلك ورد عتقه ، وكذلك لو جرح الحر[5] جرحاً ، [و][6] حلف السيد [ما أراد حمل الجناية بعتقه][7]، فإن كان للعبد مال مثل الجناية ، أو وجد معيناً على أدائها مضى عتقه ، وإلا بيع منه بقدرها وعتق ما فضل ، فإن كان لا فضل فيه ، أسلم رقاً لأهل الجناية ، وإن باعه بعد علمه أنه قد جنى ، حلف ما أراد حملها ، ثم إن دفع الأرش لأهل الجناية ، وإلا كان لهم إجازة البيع وقبض الثمن ، ولهم فسخه وأخذ العبد . قال غيره[8]: إلا أن يشاء المبتاع دفع الأرش إليهم ، فذلك له ، ويرجع على البائع بالأقل مما افتكه به أو الثمن .

---

(١) في ق : وخذه .

(٢) في ق و ك : وقتل .

(٣) قال سحنون : وهو جُلّ قول الرواة . انظر : المدونة (٣٢٩/٣) .

(٤) في ق و ك : خُيِّر . والمثبت من هـ و ط و ز ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٥) في ز : جرح العبد الحر .

(٦) سقطت من ق .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ و ز .

(٨) قول الغير هنا تفسير وبيان وليس بخلاف . انظر : التقييد (٣٠٩/٦)، المدونة (٣٣١/٦) .

قال ابن القاسم : ولو افتكه البائع فللمبتاع رده بهذا العيب ، إلا أن يكون البائع بيّنه له ، فيلزمه البيع . قال غيره[1]: هذا في العمد ، وأما في الخطأ فلا ، وهو كعيب ذهب .

[في العبد يقتل رجلاً له وليان ، وفي العفو عنه ، وحكم من جنى عبده جناية فأراد بيعه فيها]

[2] وإذا قتل عبد رجلاً له وليان ، فعفا أحدهما ، ثم قال : عفوت ليكون لي نصف العبد ، لم يصدق إلا أن يأتي بدليل ، فإن جاء به كان العبد بين الوليين إلا أن يفديه سيده بجميع الدية ، وله فداء نصفه بنصفها من أحدهما ، وإسلام نصفه إلى الآخر .

ومن عفا عن عبد قتله عمداً ، جاز عفوه وبقي العبد لسيده[3]، إلا أن يعفو على أن يسترقه ، فيرجع الخيار إلى سيده بين أن يفديه[4] بالدية أو يسلمه ، وإن كان خطأ فكانت قيمته قدر ثلث تركة القتيل ، جاز عفوه ، وإلا جاز منه قدر الثلث .

قال سحنون : وقد قيل : إنما يكون في الثلث الأقل من قيمة العبد أو الدية[5].

ومن جنى عبده جناية ، فقال : أبيعه وأدفع الأرش من ثمنه ، فليس له ذلك

---

(١) قول الغير هنا ـ أيضاً ـ تفسير وبيان وتقييد ؛ لأن ظاهر كلام ابن القاسم يحتمل ما لو كانت الجناية خطأ أيضاً . انظر : المدونة (٦/٣٢٩)، التقييد (٦/٣١٠) .

(٢) في هـ : قال مالك .

(٣) في ز : لمواليه .

(٤) في هـ : سيده فيفديه .

(٥) قال الزرويلي : قال بعض فقهائنا (عن نقل سحنون هنا) : وهذا لا يخالف ابن القاسم ، وهو تفسير لقوله وأصل مذهبه . انظر : التقييد (٦/٣١٠) .

إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون ، أو يأتي بضامن ثقة فيؤخر اليومين[1] ونحوهما ، وإلا فداه أو أسلمه ، فإن باعه ودفع [إلى][2] المجني عليه دية الجرح ، جاز بيعه وإلا لم يجز .

[في جناية الأمة وحكم ولدها بعد الجناية]

وإذا ولدت الأمة بعد أن جنت ، لم يسلم ولدها معها ؛ إذ يوم الحكم يستحقها المجني عليه ، وقد زايلها الولد قبله ، ولكن تسلم بمالها ، وهو قول أشهب في الولد والمال[3] .

[في العبد يجني وعليه دين ثم يأسره العدو]

وإذا جنى عبد مأذون له وعليه دين من تجارة ، ثم أسره العدو ، فابتاعه رجل[4] من العدو[5] فلم يفده سيده بالثمن ، فليس لأهل الجناية أخذه إلا بدفع الثمن الذي صار به لمبتاعه ؛ إذ لو أسلمه سيده أولاً بالجناية ، لم يكن [لمن صار][6] له أخذه إلا بدفع الثمن ، وأما الدين فباق في ذمته ، وإنما يسقط عن العبد وعمن يصير له ما كان قبل أن يؤسر العبد في رقبته .

---

(١) في ز : اليوم .

(٢) سقطت من ك .

(٣) قول أشهب هنا يوافق ابن القاسم ، وله قول آخر وهو أن ما ولدته بعد الجناية هو رهن معها في الجناية . انظر : التقييد (٦/٣١٠) .

(٤) في ك : فابتاعه الرجل رجل .

(٥) في ز : من المغنم .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ك و ز ، والمثبت من هـ و ط ، وهو الموافق لما في المدونة والتقييد .

[في العبد يجني جناية بعد جناية]

وإذا جنى عبد فلم يحكم فيه حتى جنى جنايات على قوم ، فإن سيده بالخيار ، إما فداه بدياتهم أجمع ، وإلا أسلمه إليهم فتحاصوا فيه بقدر مبلغ جناية كل واحد منهم ، ولو فداه ثم جنى ، فعليه أن يفديه ثانية أو يسلمه .

[فيمن أعتق نصف عبده ثم جنى قبل القضاء عليه بعتقه ، وفي جناية المعتق بعضه]

ومن أعتق نصف عبده ، ثم جنى قبل القضاء [عليه][1] بعتق بقيته ، لم يكن كالحر ، إذ لو مات السيد أو لحقه دين قبل الحكم ، رق باقيه ، ولكن يلزم السيد الأقل من نصف قيمته ، أو من نصف الأرش للمجني عليه ويعتق جميعه ؛ لأنه لو أسلمه لَقَوَّمْتُه عليه أيضاً إن كان موسراً وعتق ، ويكون نصف الأرش الباقي في ذمة العبد بكل حال ، ولو مات السيد قبل القيام ، كان نصف الأرش في ذمة العبد ، ويخير الورثة في النصف الرقيق بين إسلامه رقاً ، وبين أن يفدوه ويكون لهم رقاً .

ولو أعتق المليء شقصاً له من عبد بينه وبين رجل ، ثم جنى العبد قبل التقويم خير المتمسك بين أن يفدي شقصه منه ثم يقومه على المعتق ، أو يسلمه فيقومه المسلم إليه على المعتق بقيمته يوم الحكم معيباً ، ويتبع العبد لا العاقلة بنصف الجناية وإن جاوزت ثلث الدية ؛ لأن العاقلة لا تحمل عن عبد .

ومن أعتق حصته من عبد ، ثم وهب المتمسك منه حصته[2] لرجل بعد العتق ،

---

(١) سقطت من ز و هـ و ك .

(٢) في ز : نصيبه . وفي ق و هـ : ثم وهب حصته المتمسك منه . وفي هـ : ثم وهب حصته منه المتمسك .

جاز ذلك ، وكان التقويم للموهوب له ، بخلاف البيع ؛ لأنه في البيع باع نصفه بعين أو عرض ، على أن يأخذ المبتاع قيمته[1] مجهولة ، فذلك غرر ، ولا غرر في الهبة .

وإذا جنى المعتق بعضه أو جُني عليه ، فلسيده أو عليه بقدر ملكه منه ، وللعبد بقدر ما عتق منه ، وتبقى حصة العبد فيما يأخذ من أرش بيده . وكان مالك يقول : يأخذ الأرش كله من له فيه[2] الرق ، ثم قال : هو بينهما[3].

[في جناية الموصى بعتقه والمبتل والجناية عليه]

ومن أوصى ، فقال : عبدي حر بعد موتي بشهر ، فمات السيد والثلث لا يحمله ، قيل للورثة : أجيزوا الوصية وإلا فأعتقوا منه الثلث[4] بتلاً ، فإن أجازوا [الوصية][5] خدمهم تمام الشهر ثم خرج كله حراً ، فإن جنى قبل مضي الشهر ، قيل للورثة : افدوا خدمته[6] أو أسلموها ، فإن أسلموها خدم العبد في الجناية ، فإذا أتم الشهر ، عتق وأتبع ببقية الأرش في ذمته ، وإن افتكه الورثة خدمهم بقية الشهر ، ثم عُتق ولم يتبع بشيء ، وإن لم يجيزوا الوصية ، عتق من العبد محمل الثلث ، ثم إن جنى أتبع بما يقع منه[7] ويخير الورثة في إسلام ما رق منه أو فدائه .

ولو جنى قبل أن يجيز الورثة في ضيق الثلث ، خُيّروا بين أن يفدوه ويخدمهم إلى

---

(١) في هـ و ز : قيمة .

(٢) في هـ : له بقية .

(٣) قال سحنون : وهو قول أصحاب مالك جميعاً . وهو الذي عليه المذهب . انظر : المدونة (٦/٣٣٩).

(٤) في ك : محمل الثلث .

(٥) سقطت من ك و ز .

(٦) في ز : افتدوا خدمة العبد .

(٧) في ق و هـ : يتبع بما يقع على ما عتق منه . والمثبت من ط وك و ز ، وهو الموافق لما في المدونة .

الأجل ويعتق ولا يتبع بشيء ، فيكونوا قد أجازوا الوصية ، وإن أبوا عتق منه بتلاً ما حمل الثلث وأتبع من الأرش بحصة ذلك ، وخُيِّروا في فداء ما رق منه أو إسلامه .

وإذا جنى موصىً بعتقه قبل موت السيد ، كان للسيد أن يدفعه أو يفتديه ، فإن فداه كان على الوصية إذا لم يغيرها قبل موته ، فإن أسلمه بطلت الوصية ؛ إذ له أن يغيرها ، وإن لم يقم ولي الجناية حتى مات السيد ، فالعبد رهن بالجناية إن[1] أسلمه الورثة للمجني عليه[2] ، وإن افتكوه عتق في ثلث سيده .

ومن بتل في مرضه عتق عبده ، ثم جنى العبد ، فإن كان يوم بتله له مال مأمون من ربع وعقار ، كان كالحر في جنايته ، والجناية عليه يقتص في العمد ويتبع العاقلة في الخطأ ، وإن كان المال كثيراً وليس بمأمون ، أوقف إلى موته ، فكان كالمدبر[3] إن حمله الثلث أتبع بالجناية أو بحصة ما حمل منه ، وخُيِّر الورثة فيما رق[4] .

وكذلك إن أوصى بعتقه ، فجنى بعد موت السيد ، وقبل أن يقوم في الثلث ، فإن حمله الثلث عتق وأتبع بالجناية ديناً عليه ، كالمدبر ؛ لأنه في حدوده وحرمته كالعبد ما لم يقوم في الثلث وإن كان الثلث يحمله ، إلا أن تكون أموال السيد مأمونة فيكون في جنايته ، والجناية عليه كالحر .

قال سحنون : وقد أعلمتك باختلافهم[5] في المال المأمون .

---

(١) في ك : فإن أسلمه .

(٢) في ك و ز : كان عبداً للمجني عليه .

(٣) في هـ : فإن المدبر .

(٤) في ز : رق منه .

(٥) وذلك في كتاب العتق الأول ـ كما تقدم في الجزء الثاني ـ (ص ٤٩٩ ، ٥٠٥).

ولو بتلـه في المـرض ولا مـال لـه ، أو لـه مـال غـير مـأمون ، فجـنى العبـد جنايـة فلـم ينظـر فيـها حـتى أفـاد السـيد في مرضـه مـالاً مأمونـاً ، فـإني أبتـل عتـق العبـد ويتبـع بالجنايـة في الذمـة[1] ، ولا تحملـها العاقلـة ؛ لأنـه يـوم جنـى كـان ممـن لا تحمـل [العاقلـة][2] جريرتـه ، والعاقلـة لا تحمـل جريرتـه حـتى يحمـل هـو معـها مـا لزمــها من الجرائر .

ولو جني عليه في مرض السـيد أو قتـل ، فعقلـه عقـل عبـد ؛ إذ لا تـتم حرمتـه[3] حتى تكون أمـوال السـيد مأمونـة ، والـذي قـال مـالك في المـال المـأمون : إنـه الـدور والأرضون والنخل[4] .

وإن بتله في المرض ثم جنى جناية ، ثم مات السـيد ولا مـال لـه غـيره ، عتـق ثلثه وأتبع بثلث الأرش ، وخير الورثة في فداء مارق منه أو إسلامه ، وهذا كالمدبر سـواء ، وإن صح السيد ، عتق العبد وأتبع بالجناية . وإذا أوقف المبتل[5] لم يقل لسيده : أسـلمه أو افده ، كما يخير[6] في المدبـر ؛ لأن هـذا لا خدمـة لـه فيـه ولا رق ، ولـه في المدبـر الخدمة إلى الموت .

---

(١) في ق : في الدية . والثبت من باقي النسخ .

(٢) سقطت من ق .

(٣) حرمته : يريد بها حريته ؛ لأنه عندما تتم حريته تكون له حرمة في المـال والنفـس والعـرض ليسـت للرقيق .

(٤) هذا تفسير مالك لمراده بالمال المأمون ، وقد تقدم في كتاب العتق الأول (٤٩٩/٢ ، ٥٠٥) .

(٥) في هـ : أوقف العبد المبتل .

(٦) في ك : حتى يجيز .

قال سحنون : وعلى هذا ثبت بعد أن قال غيره[1]: وهو أصل قولهم وأحسنه ، وكل قول تجده له أو لغيره على خلاف هذا ، فأصلحه على هذا[2].

وإذا وقف المبتل في المرض أوقف ماله معه ، وإن جنى لم يسلم معه[3] في جنايته ؛ لأنه قد يعتق بعضه إذا مات سيده ، ولا مال له غيره ، وليس للورثة إن افتكوا ما رق منه أن يأخذوا ماله ، وإن أسلموه فلا يأخذ[4] المجني عليه شيئاً ويكون المال موقوفاً معه ؛ لأن من دخلت فيه شعبة[5] من الحرية ، وقف ماله معه ، ولم يكن للذي له بقية الرق أن يأخذ من ماله شيئاً .

قال سحنون : هذه المسألة أصل مذهبهم ، فلا تعدها إلى غيرها .

[في مال العبد المشترك وجناية العبد المبتل في المرض أو الموصى بعتقه بعد الموت]

وكل عبد بين رجلين ، فليس لأحدهما أن يأخذ من ماله قدر نصيبه ، إلا أن يجتمعا على أخذ ماله ، وإن أذن أحدهما لصاحبه في أخذ حصته من المال ، وترك[6] هو نصيبه في يد العبد ، جاز ؛ لأنه إن كانت هبة منه أو مقاسمة ، فهي جائزة ، ثم إن

---

(١) هو ما حكاه عنه ابن المواز من أن السيد يسلم خدمته . انظر : التقييد (٦/٣١٤) .

(٢) قول سحنون : « أصلحه على هذا » ، قيل : معناه اتركه وخذه هذا ، وقيل : معناه : أوله على هذا . انظر : التقييد (٦/٣١٤) .

(٣) في هـ و ز : ماله .

(٤) في هـ و ز : يأخذ منه .

(٥) في هـ و ز : من دخله شيء .

(٦) في ز : وأبقى .

باعها العبد بعد ذلك فاشترط المبتاع ماله فالثمن بينهما نصفين[1]؛ لأن ماله ملغى، ولا حصة له من الثمن.

ومن بتل في مرضه عتق عبده، وماله غير مأمون، وللعبد مال، فهو كمن لا مال له.

ومن قال: اعتقوا عبدي فلاناً بعد موتي، فجنى العبد بعد موته [قبل أن يعتقوه][2]، فهو كالمدبر يجني بعد موت سيده، فإن حمله الثلث عتق وكانت جنايته في ذمته، وإن لم يحمله، قيل للورثة: ادفعوا ما بقي لكم من العبد بما بقي من الجناية أو افدوه بأرش ما بقي من الجناية، وإن أوصى أن يشتري عبد بعينه فيعتق، فاشتروه ثم جنى [العبد][3] قبل العتق، كان كالموصى بعتقه [بعينه][4] يجني بعد الموت، فإنه يعتق ويتبع بالجناية في ذمته، بخلاف عبد ليس بعينه؛ لأن لهم إذا اشتروه أن لا يعتقوه، ويستبدلوا به غيره إذا كان ذلك خيراً للميت.

[في العبد الموصى بخدمته سنين أو مدة الحياة يجني]

ومن أخدم عبده رجلاً سنين معلومة أو حياة الرجل، فجنى العبد، خير مالك رقبته، فإن فداه بقي في خدمته، وإن أسلمه خير المخدم [بين أن يفديه أو يسلمه للمجني عليه][5]، فإن فداه خدمه[6]، فإذا تمت خدمته فإن دفع إليه السيد ما فداه به

(١) في هـ و ز: نصفان.

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك.

(٣) سقطت من هـ و ك و ز.

(٤) سقطت من ك و هـ.

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ك و ز.

(٦) في ز: بقي يخدمه.

أخذه ، وإلا أسلمه للمخدم رقاً ، وأما الموصى بخدمته لرجل سنة وبرقبته لآخر ، والثلث يحمله إذا جنى ، فإن صاحب الخدمة يبدأ[1] ، فإن فداه ، خدمه ثم أسلمه بعد الأجل للموصى له بالرقبة ، ولا يتبعه بشيء مما أدى ، وإن أسلمه خير صاحب الرقبة فإن فداه أخذه وسقطت الخدمة .

قال سحنون : اختلف[2] قوله في هذا الأصل ، وأحسن ما قال هو وغيره : إن من أخدم عبده رجلاً سنين ، أو أوصى بذلك ثم برقبته لآخر ، والثلث يحمل الموصى بذلك فيه ، ثم جنى[3] ، أن يبدأ صاحب الخدمة بالتخيير ، فإن فداه خدمه بقية الأجل ، ثم لم يكن لصاحب الرقبة سبيل إليه حتى يعطيه ما افتكه به ، وإلا كان للذي فداه رقاً ، وإن أسلمه سقط حقه ، وقيل لصاحب الرقبة : أسلم أو افتد[4] ، فإن أسلمه استرقه المجني عليه ، وإن فداه صار له وبطلت الخدمة .

[في الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر ، يقتل أو تقطع يده ، وجناية المعتق إلى أجل]

وإذا أوصى بخدمته لرجل سنين ، وأوصى مع ذلك برقبته لآخر والثلث يحمله ، فقتله رجل أو قطع يده في الخدمة ، كان ما يجب في ذلك لمن له مرجع الرقبة ، قاله مالك ، واختلف فيه أصحابه ، وهذا أصل مذهبهم[5] .

---

(١) في هـ : يبدئ فيه .

(٢) وقد تقدم ذكر خلافه وبيان المعتمد في كتاب العتق في الجزء الثاني .

(٣) في ق و ك : إن جنى

(٤) في ق : افتكه . وفي ز : افتك .

(٥) في هـ و ز : مذهبهم مع ثبوت مالك عليه .

(1) وإن جنى المعتق إلى أجل ، خُيّر سيده ، فإما فدا(2) الخدمة أو أسلمها ، فإن فداها عتق العبد للأجل ولم يتبعه بشيء ، وإن أسلمها(3) خدم العبد في الجناية ، فإن أوفاها قبل الأجل رجع إلى سيده ، وإن حل الأجل ولم تتم عتق وأتبع(4) ببقية الأرش .

[في جناية المدبر وكيف لو كان عليه دين وله مال أو على سيده دين يغترقه]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وإذا جنى المدبر وله مال ، دفع ماله لأهل الجناية ، فإن لم يكن فيه وفاء ، قيل لسيده : أسلم خدمته ، أو افدها بباقي الجناية .

وإن جنى المدبر على جماعة فأسلم إليهم ، تحاصوا في خدمته ، ولو جرح(5) واحداً فأسلم إليه خدمته ثم جرح آخر ، تحاص مع الأول في الخدمة ، هذا بجنايته والأول بما بقي له .

قال ابن وهب وابن نافع عن مالك وعبد العزيز : إذا جنى المدبر خير سيده بين أنه يفدي خدمته بما جنى ، أو يسلم خدمته فيختدمه المجني عليه فيما يجب له ، فإن تم قصاصها(6) وسيده حي ، رجع إليه مدبراً . وإن مات السيد فعتق في ثلثه ، كان بما(7)

---

(1) في هـ : قال ابن القاسم .

(2) في ك : فداه .

(3) في ق : وإن أسلمه . والمثبت من باقي النسخ .

(4) في ق : وأتبعت خدمته . وفي ك : وأتبعه .

(5) في ز : خرج .

(6) في ز : قضاها .

(7) في ز : ما .

بقي من جنايته ديناً عليه ، قالا : فإن أدركه[1] دين [يرقه][2] إذا[3] مات سيده ، والدين والجناية يغترقانه ، فالمجني عليه أحق برقبته ، إلا أن يفديه أهل الدين ببقية الجناية ، وإن كانا لا يغترقانه ، بيع منه للجناية وللدين ، ثم عتق منه ثلث ما بقي .

قال ابن القاسم : إذا جنى المدبر في حياة سيده ، وعلى سيده دين يغترق قيمة المدبر أو لا يغترقه ، فأهل الجناية أحق بخدمته ، إلا أن يدفع إليهم الغرماء الأرش فيأخذوه ويؤاجروه حتى يستوفوا دينهم ، فإن لم يأخذه الغرماء وأسلم للمجني عليه يختدمه ، ثم مات السيد وعليه دين ، وفي رقبة المدبر كفاف للدين [والجناية][4] وفضلة ، بيع منه لذلك ، وبدئ بالبيع للجناية ثم للدين ، ثم عتق ثلث ما بقي ، وإن كان لا فضل في قيمته عنهما أو قيمته أقل منها ، قيل للغرماء : أهل الجناية أحق به منكم إلا أن تزيدوا على قيمة الجناية فيأخذوه ، ويحط عن الميت بقدر الذي زدتم ، فذلك لكم .

وإن جنى المدبر ، وله مال وعليه دين ، فغرماؤه أحق بماله ، فإن لم يكن له مال ، كان دينه في ذمته والجناية في خدمته ، وإذا جنى العبد وعليه دين ، كان دينه أولى بماله ، وجنايته أولى برقبته ، ويقال للسيد : ادفع[5] أو افتد[6]. وإذا مات سيد المدبر وعليه دين يغترق قيمة المدبر ، وعلى المدبر دين ، فليبع في دين سيده ، ويكون دينه في

(١) في ز : أدركه سيده .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في هـ : ثم .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) في ك : ادفع إليه .

(٦) في هـ : افده . وفي ز : افد .

ذمته يتبع به ، أو في ماله إن كان له مال ، ولغرماء السيد أن يؤاجروا المدبر في دينهم إن أعدم السيد . وفي كتاب المدبر طرف من هذا[1].

وإذا جنى العبد على سيده ، فلا شيء عليه ، وأما المدبر يجني على سيده ، فإن عبد الحكم بن أعين[2] أخبرني عن مالك ، أنه قال : يختدمه السيد بالجناية ، فإن مات السيد ولم يتمها عتق في ثلثه وأتبع ببقية الجناية ، وإن عتق بعضه في الثلث أتبع بحصة ما عتق منه من بقيتها وسقط ما بقي .

قال غيره[3]: لا يختدمه السيد بجنايته ، إذ له عظم رقبته ، و[إذ][4] لو فداه من أجنبي[5] لم يتبعه بما فداه ولا اختدمه فيه ، ولو أسلمه لأتبعه [المجروح][6] بما بقي إن عتق في الثلث .

---

(١) وقد تقدم كتاب المدبر في الجزء الثاني (ص ٥٣٥).

(٢) هو عبد الحكم بن أعين بن الليث أبو عثمان القرشي مولاهم ، الإسكندري ، وهو والد بني عبد الحكم ، من فقهاء مصر ، روى عن مالك ، وروى عنه ابن وهب وابن القاسم ، توفي سنة ١٧١هـ . انظر : ترتيب المدارك (٣/٦٠) .

(٣) لم أقف على تعيين الغير هنا ، وقوله ـ كما ترى ـ يجعل للمدبر حكم العبد في الجناية على سيده ، وهو ظاهر نص خليل ، حيث قال : « وله حكم الرق ، وإن مات سيده حتى يعتق فيما وجد حينئذ » ، قال عليش : وله ـ أي المدبر ـ حكم الرق القن في خدمته والاستمتاع بالأمة وحدوده والجناية منه . انظر : منح الجليل (٩/٤٣٥) .

(٤) سقطت من ز .

(٥) في ق : جنايته .

(٦) سقط من ك .

قال ابن القاسم : وإن جنى المدبر على سيده وعلى أجنبي ، اختدماه بقدر جنايتهما . قال سحنون : وهذا مثل الأول[1].

ولو أن مدبراً ورجلاً حراً ، قتلا قتيلاً خطأ ، كانت نصف ديته على عاقلة الرجل ، ونصف الدية في خدمة المدبر .

وإذا قتل المدبر رجلاً عمداً ، فعفا أولياؤه على أخذ خدمته ، فذلك لهم ، إلا أن يفديها السيد بجميع الدية ، وليس لهم العفو[2] على رقه وإن رضي السيد .

وإذا جنى المدبر ثم أعتقه سيده ، فإن أراد حمل الجناية لزمه ، وإلا حلف ما أراد حملها ، ثم ردت خدمته ، وخير بين أن يسلمه أو يفتديه مدبراً ، فإن أسلمه وكان للمدبر مال ، أديت منه الجناية وعُتق ، [فإن لم يكن في ماله وفاء للجناية ، أُخذ منه وخدم المجروح بما بقي له وعتق][3]، وإن لم يكن له مال أخدمته المجروح ، فإن استوفي عَقْلَ جُرحه والسيد حيّ ، خرج المدبر حراً .

وإن مات السيد قبل وفاء ذلك ، وكان المدبر يحمله الثلث ، عتق وأتبع ببقية الجناية ، وإن لم يدع السيد غيره عتق ثلثه وأتبع[4] ببقية الأرش ، ورق باقيه للمجروح

---

(١) في ك و ز و هـ : وهذه مثل الأولى . والأول يقصد به قول مالك في جناية المدبر على سيده ، يقصد أن الحكم لا يختلف لو جنى عليه وحده أو جنى عليه مع أجنبي ، فرواية عبد الحكم عن مالك تعم المسألتين .

(٢) في ك و ز : العود .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ز .

(٤) في هـ و ز : واتبع بثلث .

إن كان قيمة [ذلك][1] مثل ما قابله[2] من بقية الأرش[3]، ولا خيار فيه للورثة ؛ لأن صاحبهم قد تبرأ منه لما أسلمه .

وإن لم يحلف السيد أنه ما أراد حمل الجناية ، عتق وكانت الجناية على السيد ، فإن لم يكن له مال ، رد عتقه وأسلم إلى المجروح يختدمه ، فإن أدى في حياة سيده ، عتق ولم يلحقه[4] دين استحدثه السيد بعد عتقه .

وإن لم يوفها حتى مات السيد وقد استحدث بعد عتقه ديناً يغترق المدبر ، لم ينظر إلى ذلك وعتق ثلثه ، وأتبع [بثلث][5] بقية الأرش ، ثم إن كان له معين في فداء ثلثيه[6] بثلثي باقي الخدمة ، عتق ، وإلا رق ثلثاه لأهل الجناية ، إلا أن يكون في ثمن ثلثيه[7] فضل عن ثلثي باقي الجناية ، فيباع من ثلثيه بقدر ثلثي [باقي][8] الجناية ويعتق ما بقي ، ولو كان للسيد مال يخرج من ثلثه ، عتق وأتبع بباقي الجناية[9]، وإن كان دين السيد قبل العتق وقبل الجناية ، كان كمدبر لم يجعل[10] له عتق سواء[11].

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ز : قبله .

(٣) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : لأن سيده أسلمه حين كان له الخيار .

(٤) في ز : يخلفه .

(٥) سقطت من ك .

(٦) في ز : ثلثه .

(٧) في ز : ثلثه .

(٨) سقطت من ز .

(٩) في هـ : الجناية ويعتق .

(١٠) في ز : يعجل .

(١١) قال في المدونة : لأن ذلك العتق ليس بشيء ، وليس بعتق حين كان على السيد دين يغترقه . المدونة (٣٥٣/٦) .

[في المدبر بين رجلين يجني جناية ، وفيما تكون جناية العبد والمدبر والجناية عليهما]

ولو أن عبداً بين رجلين ، دبر أحدهما نصيبه ، فرضي شريكه وتماسك هو بنصيبه ، جاز ذلك ، فإن جنى خيِّر من دبر في إسلام [خدمة][1] نصف العبد ، أو دفع نصف الجناية ، وخير المتمسك في إسلام نصف الرقبة ، أو دفع نصف الجناية[2] ، وما جنى العبد أو استهلك من الأموال ، فهو في رقبته .

وأما المدبر يجني أو يستهلك مالاً ، فذلك سواء ، وهو في خدمته إلا أن يكون للمدبر مال ، فيدفع في جنايته ، فإن كان فيه وفاء بالجناية رجع إلى سيده ، وإن كان لم يف بذلك أو لم يكن معه شيء ، خُيِّر سيده ، فإما فدى خدمته بجميع ما جنى أو استهلك أو بما عجز عنه ماله من ذلك ، أو يدفع إليهم[3] خدمته ، فيتحاصون فيها ، فإن مات السيد والثلث يحمله ، عتق وأتبعوه بما بقي لهم ، وإن لم يترك غيره عتق ثلثه وأتبعوه بثلث ما بقي لهم ، وخُير الورثة في فداء ما رق منه ، أو إسلامه .

وما جنى على المدبر فعقله لسيده وليس كماله ، ومهر المدبرة كمالها ، وهي أحق به بعد موت السيد من ورثته ؛ إذ به استحلت .

[في مدبر الذمي يجني جناية ويسلم]

وإذا جنى مدبر الذمي ـ والمدبر ذمي ـ خير بين إسلامه عبداً ؛ إذ لا أمنعه بيعه ،

---

(١) سقطت من ك و ز .

(٢) وردت زيادة في ز ، وهي : استهلاك المدبر .

(٣) في ك : إليه .

كما لو أعتق عبده فلم يخرج من يده ، كان له بيعه ، وإن فدى المدبر ، بقي على تدبيره .

ولو أسلم مدبره ثم جنى ، خير في إسلام خدمته ، أو فدائها ، فيؤاجر له ولا يختدمه ؛ لأن مدبر الذمي إذا أسلم ، ألزمته فيه التدبير وأجرته عليه ، وصار حكماً بين مسلم وذمي ، ولا يعتق عليه .

ولو حلف ذمي بعتق رقيقه ، فأسلم السيد ثم حنث ، لم يعتقوا عليه . ولو حلف بعتقهم ومنهم مسلمون ، فحنث ، عتقوا عليه ، إذ لو أعتق النصراني عبده المسلم ، لزمه ذلك[1] .

وإذا أسلم مدبر الذمي ، ثم قتل أو جرح ، كان عقله لسيده .

[في جناية أم الولد]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : أحسن ما سمعت في جناية أم الولد أن يلزم السيد الأقل من أرش جنايتها ، أو من قيمتها أمة يوم الحكم ، زادت قيمتها أو نقصت ، فذلك عوض عن إسلامها لَمَّا لم يكن سبيل إلى رقها ، وكذلك ما استهلكت ، أو أفسدت بيدها أو دابتها ، أو بحفرة حفرتها حيث لا ينبغي لها ، أو اغتصبت أو اختلست ؛ لأن هذا كله من العبيد جناية ، وعلى السيد فيها الأقل ـ كما ذكرنا ـ ، وإن كان ذلك أكثر من قيمتها [و][2] لم يتبع السيد بما ناف على قيمتها ، ولا هي إن أعتقت ؛ لأنها إن كانت أمة فأسلمت لم يكن عليها فضل الجناية ، وإخراج قيمتها بأمر قاض أو بغير أمره سواء ، ويحاص أهل جنايتها بذلك غرماء سيدها ،

---

(١) في ز : المسلم عتق عليه .

(٢) سقطت من ز .

وتقوّم أمـةً بِغير مالها ، وقيـل[1]: تقـوم بمالها ولا يقـوم ولدهـا معـها وإن ولدتـه بعـد الجنايـة .

وأما إن أسلم السيد عبده أو أمته بجرح أصابة واحد منهما ، فليس عليه أكـثر مـن ذلك .

ومن قتلت أُمّ ولده رجلاً خطأ ، فلـم ينظـر فيـه[2] حـتى قتلـت آخـر[3] ، فليدفـع قيمتها تكون بين أوليائهما نصفين .

ولو حكم في الأول بالأقل ، ثم جنت على ثان ، وجب للثـاني الأقـل أيضـاً ثانيـة يوم الحكم له ، وكذلك يفديـها كلمـا جنـت ، إلا أن يتـأخر الحكـم حـتى يجتمـع لهـا جنايات كل جناية مثل قيمتها فأكثر ، فلا يغرم إلا قيمة واحدة ، يتحاصون فيها بقدر جنايـة كـل واحـد كـالعبد يجني فيفديـه السـيد ، ثم يجني ، فعليـه أن يفتديـه أيضـاً[4] أو يسلمه .

وإذا اجتمعت عليه جنايات قبل أن يفتديه ، خُيّر السيد بين أن يدفع قيمة ما جـنى لكل واحد منهم ، أو يسلمه فيتحاصون فيه بقدر جنايتهم .

وأما المدبر يجني فتسلم خدمته ، ثم يجني على آخر ، فإنه يحاص الأول في الخدمة ، ولا يخير سيده ههنا ولا من أسلم إليه ، بخلاف العبد .

---

(١) القائل بهذا القول المغيرة بن عبد الرحمن وعبد الملك بن الماجشون وقد خالفا هنا مذهب مالك وابن القاسم وأشهب القائلين أنها تقوم بدون مالها ، وهو المعتمد . انظر : المدونة (٦/٣٦٠)، التقييد (٦/٣٢٠) .

(٢) في هـ : فيها .

(٣) في هـ و ز : آخر خطأ .

(٤) في هـ : يفديه ثانية .

وإن جنت أم الولد على رجل أقل[1] من قيمتها ، ثم جنت على آخر أكثر من قيمتها ، فعلى سيدها قيمتها لهما ، يقتسمانها بقدر جناية كل واحد منهما .

ولو جنت ، ثم جنت على آخر ، فقام أحدهما والآخر غائب ، فله الأقل من أرشه[2] أو مما ينوبه في المحاصة مع الغائب من قيمتها الآن ، ثم إن قام الآخر ، فله الأقل من أرش جرحه أو حصته من قيمتها يوم تقوم .

ولو جنت فلم يحكم عليها حتى جنى عليها ما أخذت[3] له أرشاً ، فعلى سيدها أن يخرج الأقل من أرش الجناية أو من قيمتها ، معيبة يوم الحكم فيها مع الأرش الذي أخذه فيها . وكذلك العبد يجني ثم يُجنى عليه قبل أن يحكم فيه بشيء فسيده مخير بين إسلامه مع ما أخذ في أرشه ، أو يفتديه ، وهذا إذا كان ما أخذ في أرشه[4] أقل من دية ما جنى[5] ، فإن كان فيه وفاء لذلك أو أكثر ، فلا خيار للسيد ، ويؤدي من ذلك للمجني [عليه][6] أرش جرحه ، ويبقون[7] لسيدهم .

[في أم الولد تجرح رجلاً عمداً]

وأم الولد إذا قتلت رجلاً عمداً فعفا أولياؤه على أخذ قيمتها من السيد ، لم يلزم

---

(١) في ق : بأقل . والمثبت من باقي النسخ ، وهو الموافق لما في المدونة .

(٢) في ز : أرش جرحه .

(٣) في هـ : عليها فأخذت .

(٤) في ز و هـ : أرشهما .

(٥) في ق : جنت . وفي ز و هـ : جنيا .

(٦) سقطت من ك و هـ .

(٧) في ز : ويسعون .

السيد ذلك إلا أن يشاء ، فإن أبى ، فلهم القتل أو العفو ، كالحر يُعفى عنه في العمد على غرم الدية فيأبى .

قال غيره[1]: يلزم السيد في أم الولد ، غرم الأقل من قيمتها أو من الأرش ، وليست كالحر ، ولها حكم العبد .

وقال أشهب في الحر : تلزمه الدية وإن كره ، ولا يقتل .

قال ابن القاسم : ولو عفا الولي في العمد على أخذ رقبتها لم يكن له ذلك وإن رضي السيد . وكذلك المدبر ، وإن جنت ولم يحكم فيها حتى ماتت ، فلا شيء على السيد ، ولو لم تمت ومات السيد ولا مال له[2]، فلا شيء على أم الولد .

---

(١) لم أقف على تعيين الغير هنا ، وقوله هنا أحد أقوال ثلاثة في هذه المسألة :

أولها : قول مالك وابن القاسم أن أم الولد كالحر ، والحر إذا عفى عنه مقابل الدية لا يجبر على دفعها مقابل العفو بل هو مخير عند ابن القاسم إن شاء دفع الدية وقبل العفو ، وإن شاء لم يدفع الدية واقتص منه .

القول الثاني لأشهب : أن أم الولد كالحر إلا أن الحر عند أشهب يلزمه دفع الدية إن عفى عنه مقابل دفعها فأم الولد من باب أولى .

القول الثالث للغير : وهو أن الأمة ليست كالحر ، وإنما هي كالعبد ولها حكمه فلا يلزم السيد دفع ديتها مقابل العفو ، وإنما يلزمه غرم الأقل من قيمتها أو من الأرش كالعبد .

والمشهور قول مالك وابن القاسم . وانظر لهذه المسألة : منح الجليل (٩/٩ ـ ١٠)، التقييد (٣٢١/٦).

(٢) قوله : « ولا مال له » ظاهره أنه لو كان السيد له مال لكان عليه الأقل من قيمتها في تركته ، قال الزرويلي : وعلى ذلك حملها اللخمي وأبو إسحاق ، وبناء على ذلك يكون قول الغير باشتراط قيامهم عليه ، وهو حي في وجوب أقل القيمة عليه خلافاً ، أما إذا لم يؤخذ بظاهر كلام ابن القاسم ومفهومه ، فلا يكون قول الغير خلافاً ، وإنما يكون تفسيراً وبياناً . انظر : التقييد (٣٢١/٦) .

قال غيره : هذا إذا قاموا على السيد وهو حي ، وأما إن مات السيد قبل قيامهم ، فلا شيء عليه ، وذلك عليها ؛ لأنها هي الجانية ، وما جني على أم الولد ، فعقله لسيدها ، وكذلك المدبرة .

ومن اغتصب حرة نفسها ، فعليه صداقها ، وإن اغتصب أمة نفسها أو أم ولد أو مكاتبة أو مدبرة ، فلم ينقصها ذلك فلا شيء عليه إلا الحد ، وإن نقصها غرم ما نقصها ، وكان ذلك للسيد[1] ، إلا في المكاتبة فإن سيدها يأخذه ، ويقاصها به في آخر نجومها ، وإنما يقوم من ذكرنا ، ممن فيه علقة رق في الجناية عليه قيمة عبد .

وإذا جنت أم الولد على سيدها ، فلا شيء [له][2] عليها . وأما المعتق إلى أجل ، فهو في جنايته على سيده كالمدبر . وقد ذكرناه[3] .

[في جناية ولد أم الولد]

وإذا ولدت أم الولد ولداً ، من غير السيد بعدما صارت له أم ولد ، فجنى ذلك الولد جناية أكثر من قيمته أو أقل ، فإن السيد مخير بين أن يفديه ويبقى على حاله[4] ، أو يسلم خدمته فيختدم بالأرش ، فإن أوفى رجع إلى سيده ، وإن مات السيد قبل أن يوفي ، عتق ورجع ببقية الأرش عليه ، وهو بخلاف أمه فيما جنت[5] ، وللمجني عليه أن يأخذ خدمة الولد حتى يتم حقه ، إلا أن يفتكه السيد بدية الجناية .

---

(١) في ك : وكان ملك السيد .

(٢) سقطت من هـ و ز .

(٣) ذكره في بداية هذا الكتاب (ص٥١٦) .

(٤) في ز : يفديه وسعى على ماله .

(٥) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : لأن ولدها له فيه الخدمة ولا خدمة له في أم الولد .

[في جناية أم ولد الذمي]

وإذا جنت أم ولد الذمي ، فله أن يفديها بالأقل ، وله إسلامها رقاً للمجني عليه ، إذ لا أمنعه من بيعها ، ويحل وطؤها لمن أسلمت إليه أو لمبتاعها . وما استدانت أم الولد من تجارة أذن لها فيها ، ففي ذمتها كالعبد .

[القول في القود بين الأحرار والأرقاء]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ولا قود بين الأرقاء وبين الأحرار في الجراح كلها ، فأما في النفس ، فلا يقتل حر بعبد . قال ربيعة : إلا في حرابة[1] .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ويقتل العبد بالحر إن شاء الولي [قتله][2] ، فإن استحياه خُيّر سيده فإما أسلمه أو فداه بدية الحر .

وإن قتل حر عبداً ، فعليه قيمته ما بلغت وإن جاوزت الدية ، وإن جرحه فعليه ما نقصه بعد برئه .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : وموضحة العبد ومنقلته وجائفته ومأمومته[3] في ثمنه

---

(١) قول ربيعة هنا هو ظاهر المذهب ، قال عليش عند قول خليل « ولا زائد حرية أو إسلام حين القتل إلا لغيلة » : فيقتل الحر بالعبد والمسلم بالكافر ، لكن ليس قصاصاً بل لدفع فساد كقتل المحارب ؛ لأنه في معناه . انظر : منح الجليل (٩/٥) .

(٢) سقطت من ق و هـ و ز .

(٣) الموضحة : هي الشجة التي أوضحت العظم أي كشفته . والمنقلة : هي التي يطير العظم منها . والجائفة : هي التي تصل إلى الجوف . والمأمومة : هي التي تصل إلى أم الدماغ . انظر : بداية المجتهد (٤/٢٢٠٩)، منح الجليل (٩/٤٦) .

بمنزلتها في دية الحر . قال عبد العزيز : إذ [قد][1] لا ينقص[2] ثمنه إذا برئ[3] ، فلا بد أن يكون فيهن ما ذكرنا .

[في الأمة تجني ثم يطؤها السيد فتحمل والابن يطأ أمة من تركة أبيه فتحمل]

وإذا جنت أمة ، ثم وطئها السيد فحملت ، فإن لم يعلم بالجناية ، أدى الأقل من قيمتها يوم حملت أو الأرش ، فإن لم يكن معه أتبع به ، وإن علم بالجناية[4] قبل الوطء ، لزمه جميع الأرش وإن جاوز قيمتها ، وإن لم يكن له مال أسلمت إلى المجني عليه ، ولا شيء عليه في الولد ؛ إذ لا تسلم أمة بولدها ، وكذلك الابن يطأ من تركة أبيه أمة ، فتحمل وعلى الأب دين يغترقها ، فإن علم به وبادر الغرماء ، لزمته لهم قيمتها، فإن لم يكن له مال بيعت لهم في دينهم ، وإن لم يعلم بدين أبيه ، أتبع بقيمتها في عدمه ، وكانت له أم ولد .

وقال غيره[5]: هذا بخلاف وطء السيد ، وعلى السيد إسلامها في عدمه إن لم يعلم

---

(١) سقطت من هـ و ز .

(٢) في ز : ينقصن .

(٣) في ط : إذ لا تنقص ثمنه إذا برأت . وفي ك : إذا برئن .

(٤) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : أدرى الأقل من قيمتها يوم حملت .

(٥) لم أقف على تعيين الغير هنا ، وقد استحسن المازري قوله ، وهو - كما ترى - خلاف قول ابن القاسم في مسألة السيد الذي وطئ أمته الجانية فحملت ، وهو لا يعلم بجنايتها ؛ إذ يرى ابن القاسم أن عليه الأقل من قيمتها يوم الحمل أو الأرش ، فإن كان عديماً أتبع به ، ولا يسلم الأمة للمجني عليه ، ويرى الغير أن السيد يسلمها في حالة عدمه للمجني عليه . وانظر تفصيل المسألة في التقييد (٣٢٤/٦) .

بالجناية ؛ إذ لو باعها[1] ولم يعلم بالجناية فأعتقها المبتاع ، لم يكن ذلك فوتاً يبطل حق المجني عليه . ولو باعها الورثة ولم يعلموا بالدين ، فأعتقها المبتاع ، لم يرد العتق ، وإنما لهم الثمن إن وجدوه ، وإلا أتبعوا به من أخذه .

[في القصاص بين المماليك ، والسيد يقتص من عبده لعبده]

والقصاص في المماليك بينهم ، كهيئته بين الأحرار : نفس الأمة بنفس العبد وجرحها بجرحه ، يخير سيد المجروح إن شاء استقاد ، وإن شاء أخذ العقل ، إلا أن يسلم[2] الجاني سيدُه .

وإن جرح عبد عبداً ، فقال سيد المجروح : لا أقتص ، ولكن آخذ العبد الجارح ، [فذلك له][3] إلا أن يفديه سيده بالأرش .

ولو قال سيد الجارح : إما أن تقتص أو تدع ، فالقول قول سيد المجروح . وكذلك في القتل .

وإذا جنى العبد جناية ، فسيده مخير فيها بين إسلامه أو فدائه ، فإن مات العبد قبل أن يختار السيد بطلت الجناية ، وإن كان للعبد مال ، كانت رقبته وماله في جنايته ، يقال لسيده : ادفعه وماله ، أو افده بعقل [جميع][4] جنايته ، ولو كان العبد مدياناً ، فأهل دينه أولى بماله ، وجنايته في رقبته .

---

(١) هذا تعليل من الغير ، لقوله : حيث قاس وطء السيد لأمته الجانية وهو لا يعلم بجنايتها على بيعها كذلك . وأما ابن القاسم فقاس وطأها على المستحقة بعدما أعتقها المشتري - كما تقدم - . وانظر : المدونة (٦/٣٦٧) .

(٢) في ز : يسلم إليه .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٤) سقطت من ك .

وللرجل أن يقتص من عبده لعبده ، في النفس والجراح ، ولا يكون ذلك إلا عند السلطان ببينة ثبتت . وكذلك في [قطع][1] السرقة ، لا يقطع إلا عند السلطان . وإنما للسيد أن يقيم حد الخمر والزنا ، فإن قطع يد عبده في سرقة دون الإمام ، عوقب ، إلا أن يعذر بجهل ، ولا يعتق عليه إذا كانت له بينة[2] ؛ لأن بعض الصحابة[3] قد قطع دون الإمام ، وإنما زجر الناس عن ذلك ، لئلا يدعي من مثّل بعبده أنه سرق .

وكذلك إن عدى رجل ، فقتل قاتل وليه دون الإمام ، فإن كان إليه العفو أو القتل ، لم يلزمه إلا الأدب ، لئلا يجترئ على الدماء[4].

[في العبد يجرح أو يقذف فيقر سيده أنه أعتقه قبل ذلك]

وإذا جرح رجل عبداً أو قذفه ، فأقر سيده أنه أعتقه العام الأول ، لم يصدق على الجرح والقذف إلا ببينة ، وكان له حكم العبد في ذلك الجرح ، وكان ذلك[5] للعبد ؛ لأن السيد قد أقر أنه[6] لا شيء له فيه .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) في ز و هـ : بينة بذلك .

(٣) في المدونة : « لأن بعض أصحاب رسول الله ﷺ وبعض أزواج النبي ﷺ قد قطعوا دون السلطان » . قلت : وممن نقل عنه ذلك عبد الله بن عمر ، فقد قطع يد عبده لما سرق وبعث به إلى أمير المدينة فلم يقطعه . وقطعت عائشة يد عبد لها سرق . انظر : الموطأ ، كتاب الحدود ، باب ما يجب فيه القطع ، وباب قطع الآبق والسارق (٢/٨٣٣)، المدونة (٦/٣٦٨)، التقييد (٦/٣٢٤) .

(٤) في ق و ك : لئلا يجترئ أهل الدماء .

(٥) في ز : ذلك الأرش .

(٦) في ز : أقر بحريته وأنه .

ولو قامت[1] البينة على ما قاله السيد ، كان لـه حكـم الحـر في ذلـك كلـه أقـر السيد أو جحد .

ولـو جرحـه السيد أو قذفـه ، ثم ثبـت أنـه أعتقـه قبـل ذلـك ، والسـيد جـاحد ، فلا شيء عليه من ذلـك ، إلا أنـه[2] يحكـم [عليـه][3] بـالعتق ، وجعـل ابـن القاسـم حكمه حكم الحر مع الأجنبيين ، بخلاف السيد .

وقال غيره[4]: إذا جحد عبده العتق ، فأثبت ذلك[5] ببينة ، فله حكـم الحـر فيمـا مضى من حد أو جرح ، له أو عليه ، مع أجنبي أو مع السيد ، ذلـك[6] سـواء ، وبـه قال سحنون . وقد تقدمت هذه المسألة في كتاب العتق الثاني أتم مما هنا[7].

[في العبد يغصب المرأة نفسها أو يسرق سرقة في ذمته أو يحد لها أو يجني جناية أو يقر بشيء]

قـال مـالك ـ رحمـه الله ـ : وإن اغتصـب العبـد حـرة أو أمـة نفسـهما ، ففـي

(١) في ز : قامت بالعتق .

(٢) في ق : أن .

(٣) سقطت من ق و ك .

(٤) الغير هنا هو أشهب ، وقد تقدمت هذه المسألة في كتاب العتـق الثـاني (٢/٥٢٢)، وبينـا هنـاك أن المشهور قول ابن القاسم ، وذكرنا تعليل القولين ، وتقدم معنى هذه المسألة أيضاً في كتـاب الأيمـان بالطلاق فيمن طلق زوجته في سفر وشهدت عليه بذلك بينة ، ثم قدم قبـل البينـة فوطـئ الزوجـة ، فلما قدمت البينة أنكر الطلاق ، وذكرنا أن المشهور قول ابن القاسم أنه لا يحد .

(٥) أي فأثبت العبد العتقَ .

(٦) في ز : وذلك .

(٧) انظر (٢/٥٢٢) من هذا الكتاب .

رقبة العبد للحرة صداق مثلها ، وللأمة ما نقصها ، إما فداه بذلك سيده أو أسلمه .

قال ربيعة في عبد افتض بكراً[1]: فهو لها[2] إلا أن يكون صداقها دون رقبته ، فإنه يباع بغير أرضها ، فيأخذ صداقها من ثمنه ، وما فضل فلسيده .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ومن باع عبداً سارقاً دلس به ، فسرق من المبتاع ، فرده على سيده بالعيب ، فذلك في ذمته إن عتق يوماً ما . وإن سرق من أجنبي مالاً ، فقطع[3] فيه فرده المبتاع ، فهي جناية : إما أسلمه البائع أو فداه [بها][4]، بخلاف سرقته من المبتاع ؛ إذ لا يقطع فيها للإذن في الدخول ، وسرقته من أجنبي يقطع فيها ، وإنما يلزم المبتاع ما حدث من العيوب عنده من غير العيب الذي دلس له به البائع .

قال ابن القاسم : وما سرق العبد من سيده فلا يتبع بشيء منه ، عتق أو رق ، قلّ ما سرق من ذلك أو كثر .

---

(١) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : فذهب بعذرتها .

(٢) قول ربيعة : « هو لها » ، يحتمل أن يكون خلافاً لمذهب مالك ، إذا كان ربيعة يقصد أن سيد العبد يجبر على إسلام رقبته لها ، وأما إذا كان السيد مخير بين أن يفديه أو يسلمه فيكون قول ربيعة وفاق ، وأما قوله أنه يباع بغير أرضها فهو خلاف ، وقد قيل في علة ذلك : إنه خوف لحوق المعرة لها ، وقيل : عقاباً له هو ، وقيل : خوف عودته لمثل ذلك . انظر : التقييد (٣٢٥/٦).

(٣) في ق و ك : قطع فيه .

(٤) سقطت من ق .

[في إقرار العبد على نفسه بالجناية]

وإن أقر عبد أنه وطئ هذه الأمة ، أو هذه المرأة غصباً ، لم يصدق إلا أن تأتي وهي مستغيثة أو متعلقة به ، وهي تدمي[1] إن كانت بكراً ، وإن كانت ثيباً أدركت وهي تستغيث متعلقة به ، فإنه يصدق . وكذلك إن أقر أنه قطع أصبع صبي ، فإن أدرك الصبي وهو متعلق به وأصبعه تدمي ، صدق في مثل هذا ، وخير سيده في أن يفديه أو يسلمه ، ولا يتهم ههنا بفرار إلى شيء ، وما لم يتبين هكذا لم يصدق ، ولا يلزم ذمته إن عتق . وفي كتاب الديات[2] ذكر الحر يقر بقتل خطأ .

وقضى عمر بن عبد العزيز في أمة أقرت أنها عضّت أصبع صبي وقد طمرت[3] أصبعه فمات ، أن يحلف ولاته خمسين يميناً لمات من عضها ، وتكون الأمة لهم ، وإلا فلا شيء لهم[4].

قال ابن القاسم : وما أقر به العبد مما يلزمه في جسده : من قتل ، أو قطع ، أو غيره ، فإنه يقبل إقراره . قال أبو الزناد : إذا أقر طائعاً غير مسترهب[5].

وما آل إلى غرم سيده[6] ، فلا يقبل فيه إقراره إلا ببينة على فعله ، مثل إقراره بغصب أمة أو حرة نفسها ، ولم يكن من تعلقها به ما وصفنا ، أو بجرح ، أو بقتل

---

(١) في ز : تدعي .

(٢) سيأتي كتاب الديات في آخر هذا الجزء .

(٣) طمرت أي : انتفخت . وفي بعض النسخ : ضمرت ، أي : يبست . انظر : التقييد (٣٢٦/٦).

(٤) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٥/١٠) برقم (١٨٢٩٩) .

(٥) قول أبي الزناد ـ كما ترى ـ تفسير وبيان وليس بخلاف .

(٦) في هـ و ز : على سيده .

خطأ ، أو باختلاس مال ، أو استهلاكه أو سرقة لا قطع فيها ، ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، فلا يصدق ولا يتبع بشيء من ذلك إن عتق .

وإن أقر العبد أنه قتل حراً عمداً ، فلوليه القصاص ، فإن عفا على أن يستحييه لم يكن له ذلك ، وله معاودة القتل إن كان ممن يظن أن ذلك له ، كعفو الولي عن حر قتل وليه عمداً على أخذ الدية ، فيأبى القاتل أداءها ، فللولي أن يقتله .

وإن أقر بسرقة ، فقال المسروق منه : أنا آخذ السرقة وأعفو عن قطع يده ولا[1] أرفعه إلى الإمام ، لم يكن له شيء من ذلك .

[في القضاء في جناية المكاتب]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : أحسن ما سمعت في جناية المكاتب ، أنه إن أدى جميع العقل حالاً وإن جاوز قيمة رقبته ، أو كان ديناراً أو أكثر ، بقي على كتابته ، وإلا عُجِّز وخُير سيده في أن يسلمه رقاً أو يفتديه بالأرش ، وعجزه عن الأرش قبل القضاء عليه به وبعده سواء ، ولو قوي على أداء ما حلّ من الكتابة دون الأرش[2] حالاً ، فقد عجز ولا ينجم عليه الأرش بخلاف العاقلة . قيل : فإن عجز المكاتب عن أداء العقل وأداه عنه سيده ، هل يبقى على كتابته ؟ قال : إذا لم يقو على [أداء][3] الجناية ، رق مكانه ، وخير سيده بين أن يدفعه أو يفتديه . وكذلك إن جنى على سيده فلم يعجل له الأرش ، عجّزه .

---

(١) في ق : وإلا .

(٢) في ز : دون أداء الأرش .

(٣) سقطت من هـ .

وللمكاتب دفع أم ولده في جنايته إن خاف العجز ، كما له بيعها في عجزه عن الكتابة .

[في المكاتب يجني جناية عمداً أو خطأ وإقراره بذلك]

وإذا جنى مكاتب جناية عمداً ، فصالحه منها أولياء الجناية على مائة دينار فلم يؤدها حتى عجز ، فإن ثبتت[1] خير في إسلامه أو افتدائه بالأقل من المائة ، أو قيمة الأرش .

وإذا أقر مكاتب بقتل عمداً أو خطأ ، فصالح منه على مال ، لم يجز ، ولهم في العمد قتله بإقراره ، فإن لم يقتصوا لم يكن لهم في مال المكاتب شيء ، ولا في رقبته إن عجز .

وإن أقر مكاتب بقتل خطأ ، لم يلزمه شيء ، عجز أو عتق . ولو أقر بدين لزم ذمته ، عتق أو رق .

وإن قتل المكاتب رجلاً له وليان عمداً ، فعفا أحدهما ، فإن أدى المكاتب إلى الآخر نصف الدية ، وإلا عُجّز وخُيّر سيده في إسلام نصفه ، أو افتدائه بنصف الدية ، ولا شيء للعافي[2] ، أدى نصف الدية [المكاتب][3] أو السيد بعد عجزه ، إلا أن يزعم أنه عفا لأخذ الدية ويستدل على ذلك ، وإلا لم يقبل قوله .

وإذا جنى المكاتب ثم أدى الكتابة وعتق قبل القيام عليه ، فلا عتق له إلا أن يؤدي

---

(١) في ز : ثبتت الجناية .

(٢) في ك : إذا أدى .

(٣) سقطت من ك .

الجناية حالة للقائم بها ، وإلا رق وخير سيده ، فإمّا فداه ، أو أسلمه ورد معه ما اقتضى من نجم بعد الجناية ، ولا يحبس ذلك إذا أسلمه .

[في المكاتب يجني ثم يموت عن مال]

وإذا مات مكاتب وترك مالاً ، وعليه دين وجناية خطأ ، فأهل الدين أولى بماله ؛ لأن الجناية في رقبته والدين في ماله ، فإن فضل من ماله شيء ، كان لأهل الجناية حتى يستوفوا الجناية . وإن مات ولا دين عليه فأهل الجناية أولى بماله من سيده ، إلا أن يدفع إليهم السيد الأرش ، والعبد مثله ، وإن مات ولم يترك مالاً ، بطلت الجناية والدين .

[في المكاتب يجني وله ولد حدثوا في الكتابة]

وإن كان على المكاتب دين [وجناية][1]، ومعه ولد حدثوا في الكتابة ، لم يلزم الولد دينه ، وتلزمه الجناية في حياة الأب إن لم يقدر عليها الأب ، فإن لم يؤدها الابن عجّز .

قال غيره[2]: وكذلك الدين إن لم يؤده الولد عجز ؛ إذ لا تؤدى كتابة قبل دين ، قالا : فإن عجز أسلم السيد الجاني وحده أو فداه ، والدين باق في ذمته .

قال غيره[3]: ولو أدى الولد الدين أو الجناية وعتقا ، لم يرجع على أبيه بشيء .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) لم أقف على تسمية الغير هنا ، وقوله موافق لقول أشهب ، وهو التسوية بين عجز المكاتب عن قضاء دينه وعجزه عن قضاء دية جنايته ، قال الزرويلي : هذا غير بين ونقل عن محمد قوله : ولا يعجبنا . انظر : التقييد (٦/٣٢٨) .

(٣) قال الزرويلي : الغير هنا هو الغير الأول وهو وفاق إلا في الدين . انظر : التقييد (٦/٣٢٩) .

قال ابن القاسم : ولو مات الأب قبل القيام عليه ولم يترك مالاً ، بطلت الجناية والدين ، ولم يلزم ولده من ذلك شيء ، وإنما كان للأب معونة مال الولد في خوف العجز في حياته ، فإذا مات عديماً لم يلزم ولده من دينه[1] شيء ولا من جنايته .

ولو قام ولي الجناية في حياة الأب ولا مال له ، فاختار الولد أداءها ، ويتمادون على كتابتهم ، فإن لم يؤدوها حتى مات الأب لزمتهم .

[في المكاتب يموت وعليه دين والجاني ما لا تحمله العاقلة]

وإذا مات مكاتب وعليه دين ، وترك عبداً قد جنى قبل موته أو بعده ، فولي الجناية أحق بالعبد ، إلا أن يفتكه غرماء المكاتب بالأرش ، فذلك لهم ، وكذلك عبد الحر المديان يجني جناية .

ومن جنى ما لا تحمله العاقلة وعليه دين وليس له إلا عبد ، ضرب فيه أهل دينه وأهل جنايته ؛ لأن ذلك كله لزم ذمته .

[في الجناية على المكاتب وولده وموته عن ولده أو أم ولده في الكتابة]

ومن قتل مكاتبه عمداً أو خطأ ، ومعه ولد في الكتابة ، فليقاصوا السيد بقيمته في آخر نجومه ويسعون فيما بقي ، وإن[2] أوفى ذلك بالكتابة عتقوا . وإن كان فضل أخذوه بينهم بالميراث ، كانوا ممن كاتب عليهم أو حدثوا في الكتابة .

وكذلك إن قتله أجنبي فأخذ السيد قيمته ، فليقاص ولده بها كما وصفنا . ولو شجه السيد موضحة[3] ، فليقاصه في آخر نجومه بنصف عشر قيمته ،

---

(١) في هـ و ز : دينه وجنايته شيء .

(٢) في هـ : قال مالك : فإن .

(٣) تقدم معنى الموضحة ، وأنها الشجة التي أوضحت العظم .

مكاتباً على حاله في أدائه وقوته . وكذلك إن جرحه فليحسب له ذلك في آخر كتابته .

وكذلك المكاتبة تلد ولداً في كتابتها فيقتله السيد ، فإنه يغرم قيمته ، فإن كان فيه وفاء بالكتابة ، كان قصاصاً ، وإن كان فيه فضل عن الكتابة ، أخذت الأم من ذلك الفضل قدر مورثها .

وكذلك إن قتل المكاتب ومعه في الكتابة أبواه وولده لعجل[١] السيد قيمته ، فيحسب من آخر النجوم ، فإن أوفت بالكتابة ، عتقوا فيها ولا تراجع بينهم ، وإن كان في القيمة فضل ، فهو لورثته الذين معه في الكتابة ميراثاً . وكذلك لو كان السيد هو الجاني .

وليس لغرماء المكاتب أو العبد في قيمتهما إذا قُتلا شيء ، قتلهما أجنبي أو السيد ، ولا في شيء من قبل رقبتيهما من نفس أو جرح ، كما لا يدخلون في ثمن العبد إن بيع ، والدين [باق][٢] في ذمتهما ، وعلى قاتل المكاتب ، قيمته عبداً مكاتباً في قوة مثله على الأداء وصفته[٣] ، ولا ينظر إلى قلة ما بقي عليه وكثرته ، حتى لو بقي عليه دينار فقط ، وآخر[٤] لم يؤد شيئاً ، فقتلهما رجل وكانت قوتهما على الأداء سواء [وقيمة رقابهما سواء][٥] ، فقيمتهما متفقة ، وإن تفاضلت قيم الرقاب خاصة وقوة الأداء واحدة ، فقيمتهما مختلفة ، وإنما يقوم على قدر قوته على الأداء

---

(١) في هـ : أبواه أو ولد ولده تعجل . وفي ز : أبواه أو ولده تعجل .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ز و ط : وضعفه . والمثبت هو الموافق لما في المدونة .

(٤) في ز : واحد .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

مع قيمة رقبته . وفي كتاب المكاتب[١] ذكر من وضع عن مكاتبه ما عليه[٢] في المرض .

ومن كاتب عبده وأمته ـ وهما زوجان في كتابة[٣] ـ فحدث بينهما ولد ، ثم جنى على الولد ما قيمته أكثر من الكتابة ، فللسيد تعجيل الكتابة من ذلك ويعتقون ، وما فضل فللولد ولا يرجع على أبويه[٤] بما عتقا به .

وأما ما اكتسب الابن فهو له ، وعليه أن يسعى معهما ويؤدي في الكتابة على قدر قوته وأداء مثله ، وليس للأبوين أن يأخذا ماله إلا أن يخافا العجز ، فلهما أن يؤديا الكتابة من مال الولد . وكذلك إن كان للأبوين مال وخاف الولد العجز ، فإن الكتابة تؤدى من مال الأبوين ، وليس للأبوين أن يعجزا أنفسهما إذا كان لهما مال ظاهر ، وكذلك الولد ، ولا يرجع بعضهم على بعض بشيء مما أدى عن صاحبه . وفي كتاب المكاتب إيعاب هذا[٥] .

وإذا مات مكاتب وترك ولداً لا سعاية فيهم رقوا مكانهم ، إلا أن يكون فيما ترك ما يؤدي عنهم نجومهم ، إلا أن يبلغوا السعي فيفعل ذلك بهم ، أو يترك ولداً ممن يسعى فيدفع المال إليهم ، فإن لم يقووا ومعهم أم ولد للأب ، دفع إليها إن لم يكن فيه[٦] وفاء ولها أمانة وقوة على السعي ، فإن لم يكن فيها ذلك وكان في المال مع

---

(١) تقدم كتاب المكاتب في الجزء الثاني ، وانظر هذه المسألة في (ص٥٨٢) .

(٢) في ز : عليه من الدين .

(٣) في هـ : كتابة واحدة .

(٤) في هـ : أبويه إذا عتقا .

(٥) وقد تقدم في الجزء الثاني (ص ٥٤٥) .

(٦) في ك : له فيه .

ثمنها إن بيعت كفاف الكتابة ، بيعت وأديت الكتابة وعتق الولد . أو يكون في ثمنها مع المال ما يؤدي إلى بلوغ الولد السعي ، فإن لم يكن ذلك رقوا أجمعون مكانهم .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : لا اختلاف عندنا أن ما جني على المكاتب كجناية عبد ، وأن ذلك[1] يتعجله السيد ، ويحسب عليه من آخر النجوم ؛ لحجته أن يعجز العبد فيرجع إليه معضوباً[2] .

[في جناية عبد المكاتب عليه أو على غيره ، وفي العفو عن المكاتب على استرقاقه]

وإذا جنى عبد المكاتب ، فله أن يسلمه أو يفديه على وجه النظر ، والمكاتب إذا قتله عبده فللسيد أن يقتص منه في النفس والجراح بأمر الإمام ، كعبدين له ، إلا أن يكون مع المكاتب ولد في كتابته ، فيصير له مثل ما للسيد من الحجة في النفع بماله ، فإن اجتمع هو وهم على القصاص ، قتلوا ، ومن أبى ذلك من سيد أو ولد فلا قتل للثاني .

ثم إن صار العبد للولد بالأداء أو للسيد بالعجز ، لم يكن لمن كان عفا عنه منهم[3] أن يقتله إن صار إليه . وإن صار لمن كان أراد القتل من ولد أو سيد ، فله أن يقتل .

---

(١) في ز : كان ذلك .

(٢) في هـ : فيرجع معيباً . وفي المدونة : « فيرجع إليه أعور أو مقطوع اليد أو معضوب الجسد » . قلت : ومعنى « معضوباً » : أي مقطوعاً أو زمناً لا يستطيع الحركة . انظر : المصباح (٤١٤) .

(٣) في ق : عفا منه ومنهم .

وإذا قتل المكاتب رجلاً عمداً ، فعفا الأولياء على استرقاقه ، بطل القتل وعادت كالخطأ ، وقيل للمكاتب : أد الدية حالة ، فإن عجز عن ذلك خير السيد بين إسلامه أو افتدائه [بالدية][1] ، وكذلك العبد إذا قتل رجلاً عمداً ، فعفا عنه الأولياء على أن يكون لهم ، فسيده يخير كما ذكرنا .

[في جناية المكاتب على عبد سيده أو مكاتبه]

وإذا جنى مكاتب على عبد لسيده ، أو على مكاتب آخر لسيده وهو معه في كتابة أو ليس معه في الكتابة ، فعليه تعجيل قيمته للسيد ، فإن عجز رجع رقيقاً وسقط ذلك عنه ، وكذلك ما استهلك له ؛ لأنه أحرز ماله ، بخلاف العبد يجني على السيد ؛ لأن العبد لو استهلك مالاً لسيده ، لم يلزمه غرمه .

[فيمن كاتب عبدين كتابة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه]

ومن كاتب عبدين له في كتابة ، فقتل أحدهما الآخر عمداً أو خطأ - وهما أخوان أو أجنبيان - فللسيد أخذ القيمة في الخطأ ، ويُخيّر في العمد بين أن يقتص أو يعفو على[2] أخذ القيمة ، فإن أخذها في عمد أو خطأ وفيها وفاء للكتابة ، عتق بها الجاني وأتبعه السيد بحصة ما عتق به منها في عمد أو خطأ ، كان أخاً أو أجنبياً ، ولا أتهم الجاني أن يكون أراد تعجيل العتق بالقيمة التي أدى ، إذا كان على أدائها قادراً قبل العتق ، ويعتق بها .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في ز : عن .

فأما إن لم يكن للجاني مال ، أو كان معه أقل من القيمة وللمقتول مال ، فلا أعتقه فيما ترك المقتول إن قتله عمداً ، إذا استحيي ، للتهمة على تعجيل العتق ههنا ويكون عليه قيمة المقتول ، فإن كان كفاف الكتابة ، عتق وأتبعه السيد بما ينوبه منها وإلا عجز .

وإن أداها ولم تف بالكتابة ، أخذها السيد وحسبها له في آخر الكتابة ، وسعى هذا القاتل فيما بقي ، فإن أدى وعتق ، رجع عليه السيد بما كان حسبه[1] له من القيمة في حصته من الكتابة .

وإن كان القتل خطأ عتق القاتل في تركة المقتول ، كان أخاً أو أجنبياً ؛ لأنه لا تهمة عليه ، إلا أن السيد يرجع على الأجنبي بما أدى عنه من المال الذي تركه المكاتب وبقيمة المقتول أيضاً ، ولا يرجع السيد على الأخ بما عتق به من التركة ؛ لأن أخاه لم [يكن][2] يرجع عليه لو أدى عنه ، ويرجع عليه بقيمة أخيه ؛ لأن الأخ لا يرث من القيمة .

والمكاتب إذا قتله أجنبي فأدى قيمته ، عتق فيها من كان في[3] الكتابة ، ولا يرجع عليه بشيء إذا كان ممن لا يجوز له ملكه .

وإذا جنى أحد المكاتبين في كتابة ، فعجز عن الغرم ، فإن لم يؤد من معه في الكتابة الأرش حالاً عجزا وإن لم يحل شيء من نجومها ، وخير السيد في الجاني وحده ،

---

(١) في ق و هـ و ز : حبسه . والمثبت من ك ، وهو الموافق لما في المدونة والتقييد .

(٢) سقطت من ز .

(٣) في ز : معه في .

ولـو أدى الـذي معـه الأرش ثم عتقـه رجـع بـه عليـه إلا أن يكـون ممـن يعتــق عليــه ، [فلا يرجع عليه][1] كأدائه عنه الكتابة .

[في قتل المكاتبة ولدها وعفو المكاتب عن قاتل عبده عمداً]

وإذا قتلت مكاتبة ولدها عمداً ، لم تقتل به ، ولا يقاد مـن الأبويـن إلا في مثـل أن يضجعه فيذبحه .

وليس للمكاتب أن يعفو عن قاتل عبده عمداً أو خطأً ، علـى غـير شـيء إن منعـه سيده ؛ لأنه معروف صنعه ؛ لأن للسيد أن يمنعه من هبة ماله ومن صدقته ، ويخير سيد الجاني بين فدائه ، أو إسلامه رقاً للمكاتب . ولو طلب هو أن يقتص وعفا سيده على أخذ قيمة العبد ، فذلك للسيد دونه[2] إلا أن يعجل المكاتب كتابته ، فيتم له مـا يشـاء من عفو أو قصاص .

[في سيد المكاتب يجني على مكاتب مكاتبه أو عبده]

وإذا قتل السيد مكاتباً لمكاتبه أو عبـداً ، غـرم لـه قيمتـه معجلـة ولم يقاصـه بهـا في كتابته ؛ لأنه جنى على مال له لا علـى نفسـه ، فـإن كـان للمكـاتب الأسـفل ولـد في كتابته فللمكاتب الأعلى تعجيل تلك القيمة من سيده ويأخذها قصاصاً من آخر كتابـة المقتـول ، ويبقـى[3] ولـد المقتـول فيمـا بقـي ، وإن كـانت كفافـاً عتقـوا ، وإن كـان فضلاً[4] ورثوه .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) في هـ : دونهم .

(٣) في هـ و ز : ويسعى .

(٤) في ك و هـ : فضل .

[فيمن عجل عتق عبده أو مكاتبه على مال كتبه عليهما ثم أفلسا أو ماتا]

ومن عجل عتق عبده أو عتق مكاتبه[1]، وكتب عليهما مالاً يدفعانه إليه وثبتت حريتهما[2]، ثم ماتا أو أفلسا، لم يدخل السيد مع الغرماء، ولا يكون له إلا ما فضل بعد الدين.

وليس للسيد أن يفلس مكاتبه إلا عند محل النجم، فينظر في حال العبد في العجز والأداء.

[في المكاتبة تجني ثم تلد ثم تموت، وكذلك الأمة، وما الذي على ولدها أو سيدها]

وإذا ولدت المكاتبة بعد أن جنت ثم ماتت، فلا شيء على الولد. وكذلك الأمة إذا ولدت بعد الجناية ثم ماتت، فلا شيء على الولد ولا على السيد، ولو لم تمت لم تكن الجناية إلا في رقبتها، ولا يكون ولدها في جنايتها، ولدتهم قبل الجناية أو بعدها. وبالله التوفيق.

* * *

* *

*

(١) في هـ و ز: عجل مكاتبه أو عتق عبده.

(٢) في ك: حرمتهما. وفي ز: تثبت خدمتهما.

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الجراح[1] ﴾

[في تغليظ الدية]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : شبه العمد باطل لا أعرفه[2]، وإنما هو عمد أو خطأ ،

---

(١) الجراح جمع جرح ، وهو : تأثير الجناية في الجسم ، قال الزرويلي : والجراح والديات شيء واحد . وسيأتي تعريف ابن عرفة للديات بأنها : مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدراً لا باجتهاد . وأصل الجرح من الاجتراح ، وهو : الاكتساب ، ومنه جوارح الصيد لاكتسابها ، ثم لما كان عمل الجوارح في الصيد أكثره في الأجساد والإدماء سمي ذلك جرحاً وصار عرفاً فيما هو بتلك الصفة دون سائر الاكتساب . انظر : شرح حدود ابن عرفة (٦٧٥، ٦٧٧)، التقييد (٣٣٢/٦).

(٢) لا أعرفه أي : لا أعرف الحكم به ، وشبه العمد قال به جمهور الفقهاء ماعدا الإمام مالك في غير رواية بعض العراقيين عنه ، وهو عند أبي حنيفة : القتل بكل ما سوى الحديد من القُضْب أو النار وشبه ذلك . وعند صاحبيه : هو القتل بما لا يقتل مثله ، وعند الشافعي وأحمد : هو ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل ، أي ما كان ضرباً لم يقصد منه القتل ، فتولد عنه القتل . واحتج الجمهور بالحديث الذي رواه الخمسة إلا الترمذي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « ألا إن قتل الخطأ شبه العمد قتيل السوط أو العصا فيه مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها » ، وقالوا : إن هذا الفعل أخذ شبها من العمد في كونه قصد الضرب ، وشبها من الخطأ في كونه ضرب بما لا يقصد به القتل ، فلم يحكم لأحدهما على التجريد ، وجعل له حكم بين حكمين ، فحظ شبه العمد تغليظ الدية وحظ شبه الخطأ رفع القود . وقد استدل المالكية بالقرآن الكريم حيث ذكر الله فيه الخطأ والعمد فقط ولم يذكر قسماً ثالثاً ، فقال تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأً ﴾ سورة النساء ، الآية (٩٢)، وقال تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً ﴾ سورة النساء ، الآية (٩٣) ، وقالوا : إن القاتل إما أن يكون =

ولا تغلظ الدية [إلا][1] في مثل ما فعله المدلجي[2] بابنه ، فإن الأب إذا قتل ابنه بحديدة[3] حذفه بها أو بغيرها ، مما يقاد من غير الولد[4] فيه ، فإن الأب يدرأ عنه القود وتغلظ عليه الدية وتكون في ماله حالة[5] ، وهي ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة .

[قال ابن القاسم :][6] [وهي التي][7] في بطونها أولادها ، لا تبالي من أي الأسنان كانت ، ولا يرث الأب في هذا من مال الولد ولا من ديته شيئاً ؛ لأنه من

= قاصداً فهذا عمد ، أو غير قاصد فهذا خطأ ، وكونه قاصداً غير قاصد في وقت واحد لذات واحدة فيه اجتماع النقيضين وهو محال ، أما الحديث الذي استدل به الجمهور فقال ابن عبد البر : إنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد . انظر : بداية المجتهد (٤/٢١٦٦ - ٢١٦٧)، المقدمات (٢٨٦ - ٢٨٧)، الإشراف (٢/٨٢٢ - ٨٢٣)، التقييد (٦/٣٣٣)، الاستذكار (٢٥/٢٤-٢٥).

(١) سقطت من ق .

(٢) المدلجي منسوب إلى بني مدلج القبيلة العربية المعروفة ، واسمه قتادة ، وقصته رواها الإمام مالك في الموطأ ، وفيها أنه حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه فنزى في جرحه فمات . . . فقال له عمر : اعْدُد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، ثم قال : أين أخو المقتول ؟ فقال : هأنذا ، قال : خذها فإن رسول الله ﷺ قال : ليس لقاتل شيء . الموطأ ، كتاب العقول ، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه (٢/٨٦٧) .

(٣) في ز : بجريدة .

(٤) في ق : الوالد . وفي ز : من الدية .

(٥) في هـ : حالة من الإبل .

(٦) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ز .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

العمد لا من الخطأ . ولو كان من الخطأ لحملته العاقلة وورث من ماله لا من ديته ، والأم في ذلك بمنزلة الأب ، وتغلظ الدية على أب الأب كالأب ، وكذلك الأبُ يجرح ولده أو يقطع شيئاً من أعضائه ، أو كحال[1] ما صنع المدلجي ، فإن الدية تغلظ فيه وتكون في مال الأب[2] حالة ، كان أقل من ثلث الدية أو أكثر ، ولا تحمله العاقلة .

قال مالك : ولو أضجع رجل ابنه فذبحه ذبحاً ، أو شق بطنه مما يعلم أنه تعمد القتل ، أو صنعت ذلك والدة بولدها ، ففيه القود ، إلا أن يعفو من له العفو أو القيام ، وقد قال غيره[3]: إنه لا يقاد منه في هذا أيضاً .

ولا تغلظ الدية في أخ ، [ولا زوجة][4]، ولا زوج ، ولا واحد من القرابات .

ولا تغلظ الدية في الشهر الحرام ، ولا على من قتل خطأ في الحرم .

وتغلظ الدية على أهل الذهب والورق ، فينظر كم قيمة أسنان دية المغلظة ، وكم قيمة أسنان دية الخطأ ، وهي : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون

---

(١) في هـ و ز : بحال .

(٢) في هـ : الأب خاصة .

(٣) في ك و ز و ط : وقال غيرنا . وكذلك في التقييد . والغير يريد به أبا حنيفة والشافعي والأوزاعي والثوري ، وأشهب من أصحاب مالك ، ووجه قول مالك عموم ظاهر إيجاب القصاص في الآية ، وأنهما شخصان متساويان في الحرمة والدين ، فكان القصاص جارياً بينهما كالأجنبيين ، ولأنه بالغ عاقل تعمد قتل مسلم حر غير مستحق الدم ظلماً ، فكان القود مستحقاً عليه كالأجنبي ، ولأن القصاص حق من حقوق الآدميين ، فجاز أن يثبت للابن على الأب كسائر الحقوق . انظر : الإشراف (٨١٤/٢)، الاستذكار (١٩٩/٢٥ وما بعدها) .

(٤) سقطت من ك و ط .

ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، فينظر كم زادت قيمة المغلظة على قيمة أسنان دية الخطأ ، ثم ينظر كم ذلك الزائد من قيمة أسنان دية الخطأ ، فإن كان قدر ربعها ، كان له دية وربع . وكذلك ما قل أو كثر من الأجزاء ، ولم يمض[1] في هذا توقيت ، ولكن ينظر فيه في كل زمان ، فيزاد في الدية بقدر ما بين القيمتين .

[القول في العفو ، ومن لا قود فيه]

ومن تعمد ضرب رجل بلطمة ، أو بلكزة ، أو ببندقة ، أو بحجر ، أو بقضيب ، [أو بعصا ، أو بغير ذلك][2] ، ففي ذلك كله القود إن مات من ذلك[3] .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ومن العمد ما لا قود فيه ، كالمتصارعين ، أو يتراميان على وجه اللعب ، [أو يأخذ برجله على وجه اللعب][4] فيموت من ذلك ، ففي هذا كله دية الخطأ على العاقلة أخماساً .

ولو تعمد هذا على وجه القتال فصرعه فمات ، أو أخذ برجله فسقط فمات ، كان [له][5] في ذلك القصاص .

[في الجرحات والديات في جميع الجسد]

وفي الأنف[6] الدية كاملة ، قُطع من المارن أو من أصله كالحشفة ، فيها الدية [كاملة][7] ، كما في استئصال الذكر .

---

(١) في ك : ولم يكن .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) في ك : بعد ذلك .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) سقطت من هـ و ز .

(٦) في هـ : قال مالك : وفي الأنف . وفي ز : القصاص دية الأنف .

(٧) سقطت من جميع النسخ عدا ق .

[1] وإذا قطع بعض الحشفة ، فمن الحشفة يقاس لا من أصل الذكر ، فما نقص منها ، ففيه بحسابه من الدية .

وكذلك ما قطع من الأنف ، إنما يقاس من المارن لا من أصله ، ألا ترى أن اليد إذا قطعت من المنكب تم عقلها ، وإن قطع منها أنملة ، فإنما فيها بحساب الأصبع .

مالك : ومن خرم أنف رجل أو كسره خطأ ، فبرئ على غير عثل[2] ، فلا شيء عليه ، وإن برئ على عثل ففيه الاجتهاد[3] .

وقال سحنون[4] : ليس فيه اجتهاد ؛ لأن الأنف قد جاء فيه فرض

---

(١) في هـ : قال مالك .

(٢) في ك و ز : العثم . والعثل والعثم باللام والميم معاً : الأثر والشين ، والمراد به : انجبار العظم على غير استواء . انظر : القاموس (١١٣٥)، التقييد (٦/٣٣٥) .

(٣) الاجتهاد والحكومة بمعنى واحد : وهو أن يقوّم المجني عليه عبداً صحيحاً ثم يقوم معيباً بما نقصه بسبب الجناية فينسب ما نقص من قيمته معيباً إلى قيمته سليماً ، فيكون قدر هذه النسبة من القيمة كاملة أو من الدية هو القدر المطلوب ، مثال ذلك : أن يقوم سليماً بمائة ومعيباً بثمانين فقدر النقصان عشرون ، ونسبته للمائة خُمس ، فيحكم بخُمس الدية . انظر : التقييد (٦/٣٣٥)، منح الجليل (٩/١٠٣) .

(٤) قول سحنون هنا وإن كان ظاهره خلاف قول ابن القاسم إلا أنهما في الحقيقة ليسا مختلفين في هذه المسألة ؛ لأن كلام ابن القاسم فيما إذا خرم العظم وسلم المارن فهذا فيه الاجتهاد ، ولا يخالف في ذلك سحنون ، وكلام سحنون فيما إذا خرم ما دون العظم فذلك الخرم كالقطع يكون فيه بحساب ما نقص عن المارن بعد البرء ، وهذا أيضاً لا يخالف فيه ابن القاسم فكلام ابن القاسم فيما إذا كان الخرم في العظم ، وكلام سحنون فيما إذا كان الخرم في الأنف .

قلت : وهذا واضح في كتاب محمد من النوادر والزيادات ، ففيها : وإذا خرم أنفه فإن خرم العظم وسلخ المارن ففيه حكومة إن برئ على عثم أو شين ، فإن خرم ما دون العظم فذلك الخرم كالقطع ، له من الدية بحساب ذلك ما ذهب من مارنه بعد البرء . انظر : التقييد (٦/٣٣٦)، النوادر والزيادات (١٣/٤٠٢) .

مسمى ، فإذا برئ على عثل ، كان فيه بحساب ما نقص من ديته ؛ لأن العثل نقص .

[1] قال مالك - رحمه الله - : وكل نافذة في عضو من الأعضاء إذا برئ ذلك وعاد لهيئته على غير عثل[2] فلا شيء فيه . وإن برئ على عثل ففيه الاجتهاد[3] ، وليس العمل عند مالك على ما قيل[4]: إن في كل نافذة في عضو ثلث دية ذلك العضو ، وليس كالموضحة تبرأ على غير عثل ، وينبت الشعر في موضع الشجة فيكون فيها ديتها ، وذلك نصف عشر الدية ؛ لأن الموضحة فيها دية مسماة عن النبي ﷺ[5] ، وليس في خرم[6] الأنف عقل مسمى .

وفي موضحة الخدّ ، عقل الموضحة .

---

(١) في ز : قال ابن القاسم .

(٢) في ك و ز : عثم .

(٣) في ز : ففيه الاجتهاد دية واضحة .

(٤) القائل بذلك سعيد بن المسيب رواه عنه مالك في الموطأ ، ثم قال مالك : ولكن أرى فيها الاجتهاد ، يجتهد الإمام في ذلك ، وليس في ذلك أمر مجتمع عليه عندنا . الموطأ (٨٥٩/٢) كتاب العقول ، باب ما جاء في عقل الشجاج .

(٥) وذلك في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « في المواضح خمس من الإبل » رواه أحمد (١٧٨/٢ - ١٧٩) وأبو داود (٤٥٦٦) في الديات ، باب ديات الأعضاء ، والترمذي (١٣٩٠) في الديات ، باب ما جاء في الموضحة ، وقال : حديث حسن .

(٦) في ز : جرح .

وليس الأنف واللحي[1] الأسفل [من الرأس][2] في جراحهما ؛ لأنهما عظمان[3] منفردان ، وإنما في موضحة ذلك الاجتهاد .

وليس فيما[4] سوى الرأس من الجسد إذا أوضح عن العظم ، عقل الموضحة .

وموضحة الوجه والرأس إذا برئت على شين ، زيد في عقلها بقدر الشين ، ولم يأخذ مالك بقول سليمان بن يسار[5] في موضحة الوجه أنه يزاد لشينها ما بينها وبين نصف عقلها[6] ، وعظم الرأس من حيث ما أصابه فأوضحه ، فهو موضحة ، وكل ناحية منه سواء ، وحد ذلك منتهى الجمجمة ، فإن أصاب أسفل من الجمجمة ، فذلك من العنق لا[7] موضحة فيه ، والموضحة والمنقلة لا تكون إلا في الوجه والرأس .

وحد الموضحة [ما أفضى][8] إلى العظم ، ولو بقدر إبرة[9] .

وحد المنقلة ما أطار فراش العظم وإن صغر .

ولا تكون المأمومة إلا في الرأس ، وهي ما أفضى إلى الدماغ ولو بمدخل إبرة .

---

(١) في ز : اللحيين .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) في هـ : عضوان .

(٤) في ز : فيها .

(٥) انظر قول سليمان بن يسار في الموطأ (٢/٨٥٨) باب ما جاء في عقل الشجاج .

(٦) في هـ : عقل نصفها .

(٧) في ك : ولا .

(٨) سقط من ك .

(٩) في هـ و ز : إبرة فأكثر .

وحدّ الجائفة : ما أفضى إلى الجوف ولو بمدخل إبرة .

وإذا نفذت[1] الجائفة[2] [فقد اختلف فيها قول مالك ، وأحب إلي أن يكون فيها ثلثا الدية[3]][4].

[في دية اللسان والحشفة]

وإذا قطع اللسان من أصله ، ففيه الدية كاملة ، وكذلك إن قطع منه ما منع الكلام ، وإن لم يمنع من الكلام شيئاً ، ففيه الاجتهاد بقدر شينه إن شانه ، وإنما الدية في الكلام لا في اللسان ، بمنزلة الأذنين ، إنما الدية في السمع لا في الأذنين .

وإن قطع من لسانه ما ينقص من حروفه ، فعليه بقدر ذلك ، ولا يحسب[5] فيما نقص الكلام على عدد الحروف ، فرب حرف أثقل من حرف في المنطق ، لكن بالاجتهاد في قدر ما نقص من كلامه .

---

(١) في ك و ز : بعدت .

(٢) في هـ : الجائفة من جانب آخر . وفي ز : الجائفة يريد من جانب آخر .

(٣) وهذا أحد قولي مالك ، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ، وهو مروي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - .

والقول الثاني لمالك أن الثلث يتعدد إذا نفذت الجائفة ، وعليه مشى خليل في مختصره ، حين قال : « وتعدد الواجب بجائفة نفذت » ، وقد قال عليش بأنه الأصح . انظر : مختصر خليل (٢٦٤)، منح الجليل (٩/١٠٧).

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) في ك و ز : ولا يعمل .

وفي اللسان القود إذا كان يستطاع القود منه ، ولم يكن متلفاً ، مثل : الفخذ[١] والمنقلة والمأمومة وشبه ذلك ، وإن كان متلفاً لم يقد منه .

ومن قطعت حشفته فأخذ الدية ، ثم قطع عسيبه ، ففيه الاجتهاد ، وينتظر بالمقطوع حشفته حتى يبرأ ؛ لأن مالكاً ، قال : لا يقاد من جراح العمد ولا يعقل الخطأ إلا بعد البرء .

وإن طلب المقطوع الحشفة تعجيل فرض الدية ؛ إذ لا بد [له][٢] منها ، مات أو عاش لم يكن له ذلك ، ولعل أنثييه أو غيرهما تذهبان من ذلك . وكذلك إن أوضحه فأراد تعجيل دية[٣] الموضحة ، فلا يعجل له شيء ؛ إذ لعله يموت فتكون فيه القسامة . وكذلك إن ضرب مأمومة خطأ ، فالعاقلة تحملها مات أو عاش ، ولكن لا يعجل له شيء حتى يبرأ ؛ لأنه لو مات منها لم تجب الدية إلا بقسامة ، فإن أبى ورثته أن يقسموا ، كان على العاقلة ثلث [الدية][٤] لمأمومته ، وإنما في هذا الإتباع .

قال : وقد سمعت أهل الأندلس سألوا مالكاً عن اللسان إذا قطع ، وزعموا أنه ينبت ، فرأيت مالكاً يصغي إلى أنه لا يعجل له حتى ينظر إلى ما يصير [إليه][٥]، إذا كان القطع قد منعه الكلام . قلت : في الدية أو في القود ؟ قال : في الدية .

---

(١) في ز : العجز .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) سقطت من ق .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) سقطت من ك . وفي ز : يصير له .

[في الدية في الصلب والترقوة والأنف وغير ذلك من عظام الجسد]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : في الصلب الدية .

قال ابن القاسم : وذلك إذا أقعد عن القيام ، مثل اليد إذا شلت ، وإن مشى وقد برئ على حُدب أو عثل[١] ، ففيه الاجتهاد ، والصلب إذا كسر خطأ فبرئ على هيئته ، فلا شيء فيه ، وكذلك كل كسر خطأ يبرأ ويعود لهيئته ، فلا شيء فيه ، إلا أن يكون عمداً يستطاع فيه القصاص ، فإنه يقتص منه وإن كان عظماً ، إلا في المأمومة والجائفة والمنقلة[٢] وما لا يستطاع أن يقتص منه ، فليس في عمد ذلك إلا الدية مع الأدب .

قال مالك : وفي عظام الجسد القود ، مثل[٣] الهاشمة[٤] ، إلا ما كان مخوفاً مثل الفخذ وشبهه ، فلا قود فيه .

قال ابن القاسم : وإن كانت الهاشمة في الرأس ، فلا قود فيها ؛ لأني لا أجد هاشمة تكون في الرأس إلا كانت منقلة[٥] .

ولا قصاص في الصلب والفخذ[٦] ، و[لا في][٧] عظام العنق .

---

(١) في هـ : عثم . وقد قدمنا أن العثل والعثم بمعنى واحد ، وهو انجبار العظم على غير استواء .

(٢) تقدمت معاني هذه الشجاج قبل قليل ، انظر : (٥٥١ - ٥٥٢) .

(٣) في هـ و ز : من .

(٤) الهاشمة هي التي هشمت العظم . منح الجليل (٩/١٠٥) .

(٥) تقدم معنى المنقلة وأنها ما أطار فراش العظم .

(٦) في ز : في الصلب والعجز .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ق و هـ و ز .

وفي كسر أحد الزندين ـ وهما قصبتا اليد[1] ـ القصاص .

وإن كان خطأ ، فلا شيء فيه إلا أن يبرأ على عثل ، فيكون فيه الاجتهاد ، وفي كسر الذراعين والعضدين والساقين والقدمين والكفين والأصابع ، القصاص .

وفي كسر الضلع ، الاجتهاد إذا برئ على عثل ، وإن برئ على غير عثل فلا شيء فيه ، وإن كسر عمداً ، فهو كعظام الصدر إن كان مخوفاً كالفخذ ، فلا قود فيه ، وإن كان مثل اليد والساق ، ففيه القصاص .

وفي الترقوة إذا كسرت عمداً ، القصاص ؛ لأن أمرها يسير لا يخاف منه .

وإذا كسرت خطأ ، ففيها الاجتهاد إذا برئت على عثل ، وإذا برئت على غير عثل فلا شيء فيها .

وكذلك اليد والرجل وجميع عظام الجسد ، إذا كسرت خطأ فبرئت على غير عثل ، فلا شيء فيها .

وإذا قطعت [اليد][2] من أصل الأصابع[3] أو المنكب ، فقد تم عقلها ، وذلك على العاقلة في الخطأ ، وإن كان عمداً ، ففي ذلك القصاص ، ويقتص في اليد من المنكب .

والأنف إذا كسر عمداً ، اقتص منه ، فإن برئ الجاني على مثل حال المجني عليه أو أكثر ، فقد مضى ، وإن كان في الأول عثل وبرئ المقتص منه على غير عثل أو على

---

(١) في ز : الذراعين .

(٢) سقطت من هـ .

(٣) في ك : من أصل الأصابع فصاعداً .

عثل دون عثل الأول ، اجتهد للأول من الحكومة على قدر ما زاد [في][1] شينه ، وهذا مثل اليد ، وأما الباضعة والملطا والدامية والسمحاق[2] ، وشبه ذلك مما يستطاع[3] منه القود ، ففيه القود في العمد مع الأدب .

وفي كل عمد القصاص مع الأدب ، وإن كان ذلك خطأ ، فلا شيء فيه إذا برئ على غير عثل ، وإن برئ على عثل ، ففيه الاجتهاد .

[في دية العقل والسمع والسن وحلق الرأس واللحية والحاجب وتقليم الظفر]

وفي العقل الدية .

وليس في الأذنين إذا اصطُلمتا[4] أو ضربتا فتشدخت[5] ، إلا الاجتهاد .

وفي الأذنين [الدية][6] إذا ذهب السمع ، اصطلمتا أو بقيتا[7] .

ومن طرحت سنه عمداً فردها فثبتت ، فله القود فيها ، والأذن كذلك . ولو رد السن في الخطأ فثبتت ، لكان له العقل .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) الباضعة : التي تبضع اللحم ، أي تشقه . والملطاء - بالمد والقصر - هي السمحاق ، وهي التي تبلغ السمحاق ، وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم . والدامية : هي التي تدمي الجلد . انظر : بداية المجتهد (٢٢٠٩/٤) .

(٣) في ك : مما لا يستطاع .

(٤) اصطُلمتا : أي قُطعتا من أصولهما . التقييد (٣٤١/٦) .

(٥) في ط : فتشنجت . وفي ز : فترخت . وفي ك : فشذخت . ومعنى فتشدخت أي : قبضت وانضمت . انظر : التقييد (٣٤١/٦) .

(٦) سقطت من ك .

(٧) في ز : اصطلمتا أذهبتا أو بقيتا .

وفي كل سن خمس من الإبل ، والأضراس والأسنان سواء . وفي السن السوداء خمس من الإبل كالصحيحة ، إلا أن تكون تضطرب اضطراباً شديداً ، فليس فيها إلا الاجتهاد . وإن كانت سن أو ضرس مأكولة قد ذهب بعضها ، فقلعها رجل عمداً أو خطأً ، ففيها على حساب ما بقي ؛ لأنها غير تامة ، وليس في جفون العين وأشفارها إلا الاجتهاد .

وفي حلق[1] الرأس إذا لم ينبت ، الاجتهاد . وكذلك اللحية .

وليس في [عمد][2] ذلك قصاص . وكذلك الحاجبان إذا لم ينبتا .

وفي الظفر القصاص ، إلا أن يقلع خطأ ، فلا شيء فيه إذا برئ وعاد لهيئته . وإن برئ على عثل ، ففيه الاجتهاد .

[في القصاص والدية في العين إذا انخسفت ، واليد والرجل إذا شلتا]

ومن ضرب عين رجل خطأ ، فانخسفت[3]، أو ابيضت ، أو ذهب بصرها[4] ـ وهي قائمة ـ ففيها ديتها ، وإن كان ذلك عمداً فانخسفت العين ، خُسفت عينه . وإن كان يستطاع القود من البياض في العين القائمة[5]، أقيد وإلا فالعقل[6].

(١) في ك : وفي جلد .

(٢) سقطت من ز .

(٣) أي غارت ، ومنه انخساف البئر وهو غور مائها . انظر : التقييد (٣٤٢/٦) .

(٤) في ز : نظرها .

(٥) في ز : البياض والعين قائمة .

(٦) في ز : وإلا كالعقل .

ومن ضرب عين رجل فنزل فيها الماء وابيضت ، فأخذ فيها الدية ثم برئت ، فليرد الدية .

قال : وينتظر بالعين سنة ، فإن مضت السنة والعين منخسفة لم تبرأ ، فلينتظر برؤها ، ولا يكون قود ولا دية إلا بعد البرء . وإن ضربت فسال دمعها ، انتظرها[١] سنة ، فإن لم يرق دمعها ، ففيها حكومة .

ومن ضرب يد رجل أو رجله فشلت ، فقد تم عقلها ، وإن كانت الضربة عمداً ، فإن الضارب يضرب مثلها قصاصاً ، فإن شلت يده وإلا كان العقل في ماله دون العاقلة .

[في صفة القصاص ودية اليد والذكر والأنثيين والأليتين والبيضتين والشفتين والثدي والإبهام والكف]

ولا يُمكَّن [الذي][٢] له القود في الجراح أن يقتص لنفسه ، ولكن يقتص له من يعرف القصاص ، وأما في القتل ، فإنه يدفع إلى ولي المقتول [فيقتله][٣] ، وينهى عن العبث عليه .

وفي شلل الأصابع ديتها كاملة ، ثم إن قطعت هذه الأصابع عمداً بعد ذلك أو خطأ ، ففيها حكومة ، ولا قود في عمدها .

وفي الأنثيين إذا أخرجهما أو رضهما[٤] ، الدية كاملة . قيل : فإن أخرجهما

(١) في هـ و ز : انتظر بها .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من ك .

(٤) رضهما : أي دقهما ، من الرض وهو الدق . مختار الصحاح (١٢٣) .

أو رضهما عمداً ؟ قال : قال مالك ـ رحمه الله ـ : في الأنثيين القصاص ، ولا أدري ما قول مالك في الرض ، إلا أني أخاف أن يكون رضهما متلفاً[1] ، فلا قود فيها[2] . وكذلك كل ما علم أنه متلف ، فلا قود فيه .

وإن قطعت الأنثيان مع الذكر ، ففي ذلك ديتان ، وإن قطعتا قبل الذكر أو بعده ففيهما الدية ، وإن قطع الذكر قبلهما أو بعدهما ، ففيه الدية .

ومن لا ذكر له ففي أنثييه الدية ، [وإن قطع الذكر قبلهما أو بعدهما ، ففيه الدية ، ومن لا ذكر له ، ففي أنثييه الدية][3] ، ومن لا أنثيين له ، ففي ذكره الدية .

والبيضتان عند مالك سواء ، اليمنى واليسرى في كل واحدة منهما نصف الدية ، [وكذلك الشفتان ، في كل واحدة منهما نصف الدية][4]: كانت السفلى أو العليا . ولم يأخذ مالك بقول ابن المسيب : إن في السفلى ثلثي الدية[5] .

وأليتا الرجل والمرأة فيهما حكومة .

وليس في ثدي الرجل إلا الاجتهاد . وأما ثديا المرأة ، ففيهما الدية ، وإن قطع حلمتيها ، فإن كان قد أبطل مخرج اللبن أو أفسده ، ففيه الدية .

وإن قطع ثديا الصغيرة ، فإن استُيقن أنه قد أبطلهما فلا يعودان أبداً ، ففيهما

---

(١) في هـ و ز : متلفاً ، فإن كان متلفاً .

(٢) وقد نقل الزرويلي عن أبي محمد ما ظاهره أن رضهما متلف ، فلا يكون فيهما القود ؛ لأن ما علم أنه متلف فلا قود فيه ـ كما صرح به هنا ـ وهو المذهب . انظر : التقييد (٦/٣٤٤)، منح الجليل (٩/١٣٩) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ز .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من هـ و ك و ط ، والمثبت من ق و ز .

(٥) قول سعيد بن المسيب هنا رواه عنه مالك في الموطأ (٢/٨٥٦) كتاب العقول ، باب ما فيه الدية .

الدية ، وإن شك في ذلك وضعت الدية واستؤني بها كبر الصبية ، فإن نبتتا فلا عقل لهما ، وإن لم تنبتا أو انتظرت ، فيبست أو ماتت قبل أن يعلم بذلك ، ففيهما الدية .

وفي المفصلين من الإبهام ، عقل الأصبع تام . وفي كل مفصل ، نصف عقل الأصبع .

ومن قطعت إبهامه فأخذ دية الأصبع ، ثم قطع رجل بعد ذلك العقد الذي بقي من الإبهام في الكف ، فليس فيه إلا حكومة . وإذا لم يكن في الكف أصبع ، فعلى من قطعها أو بعضها حكومة عدل[1] ، ومن قطعت له أصبعان بما يليهما من الكف ، ففيهما خمسا دية الكف ، ولا حكومة له مع[2] ذلك .

[في صفة الدية وما يؤخذ فيها وكيف تؤخذ]

قال مالك ـ رحمه الله ـ : ولا يؤخذ في الدية إلا الإبل والدنانير والدراهم ، وتؤخذ في ثلاث سنين ، كانت إبلاً أو ذهباً أو ورقاً . وثلث الدية في سنة . وإن كان أقل من ثلث ، ففي مال الجاني حال .

وثلثا الدية في سنتين ، وأما نصفها ، فقال فيه مالك مرة : تؤخذ في سنتين ، وقال [أيضاً][3]: يجتهد فيه الإمام إن رأى أن يجعله في سنتين ، أو في سنة ونصف فعل .

---

(١) في ك : حكومة عدل .

(٢) في ز : بعد .

(٣) سقطت من ق .

[قال][1] ابن القاسم : [في][2] سنتين أحب إلي[3] ؛ لما جاء أن الدية تقطع في ثلاث سنين أو في أربع[4].

قال : وثلاثة أرباعها في ثلاث سنين[5].

قال : وفي خمسة أسداسها يجتهد الإمام في السدس الباقي .

قال مالك ـ رحمه الله ـ في كتاب الديات : إنما قوم عمر[6] الدية على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق إثنا عشر ألف درهم ، حين صارت أموالهم ذهباً وورقاً ، وترك دية الإبل على أهلها على حالها[7].

---

(١) سقطت من ق و هـ .

(٢) سقطت من ق ، وفي ز : وفي .

(٣) وهو المشهور في المذهب ، فيكون لكل سنة ربع . انظر : منح الجليل (١٤٩/٩)، الشرح الكبير (٣٥٨/٤) .

(٤) وذلك في الأثر الذي رواه مالك في المدونة والموطأ أن ربيعة أرسل إلى عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم يسأله في كم تقطع الدية ؟ قال : فأرسل إليه في ثلاث سنين أو أربع . انظر : المدونة (٣١٧/٦)، الموطأ (٨٥٠/٢)، باب العمل في الدية .

(٥) هذا هو المشهور ، فيكون في كل سنة ربع . وقد مشى خليل في مختصره على غير المشهور في هذا الفرع والذي قبله ، فجعل النصف في سنتين ، ثلثاً في سنة وسدساً في سنة ، وجعل الثلاثة أرباع في ثلاث سنين ، ثلث الدية في سنة وثلثاً في سنة ، والباقي سدس في سنة ثالثة . قال الدردير معلقاً على قول خليل : « ونجم في النصف والثلاثة الأرباع بالتثليث ثم للزائد سنة » : وما ذكره في الفرعين ضعيف ، والراجح أن النصف ينجم في سنتين لكل سنة ربع ، والثلاثة الأرباع في ثلاث سنين لكل سنة ربع . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٨٥/٤).

(٦) في ز : عمد .

(٧) انظر : الموطأ (٨٥٠/٢) باب العمل في الدية .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : فأهل الذهب أهل الشام ومصر ، وأهل الورق أهل العراق ، وأهل الإبل أهل البادية والعمود[1] .

ولا يقبل من أهل صنف من ذلك ، صنف من غيره . ولا تقبل في الدية بقر ولا غنم ولا عروض .

[في عقل المرأة]

والمرأة تعاقل الرجل في الجراح إلى ثلث الدية لا تستكمله ، فإذا بلغت ذلك رجعت إلى عقل نفسها ، وتفسير ذلك أن لها في ثلاثة أصابع ونصف أنملة ، أحداً وثلاثين بعيراً وثلثي[2] بعير ، وهي والرجل في هذا سواء ، فإن أصيب منها ثلاثة أصابع وأنملة رجعت إلى عقلها ، فكان لها في ذلك ستة عشر بعيراً وثلثا بعير .

وكذلك مأمومتها وجائفتها إنما لها في كل واحدة منها ستة عشر بعيراً وثلثا بعير ، وإن قطع لها أصبع ، ففيه عشر من الإبل ، وكذلك في ثان وثالث ، ولو قطع لها ثلاثة أصابع معاً من كف واحدة ، فلها ثلاثون من الإبل ، ثم إن قطع لها من تلك اليد الأصبعان الباقيان في مرة أو مرتين ، فإن في كل أصبع خمساً من الإبل .

ولو قطع من يدها ثلاثة أصابع ، فأخذت ثلاثين بعيراً ، ثم قطع لها من اليد الأخرى أصبع أو أصبعان أو ثلاثة ، في مرة أو مرتين ، لابتدأ فيها الحكم

---

(١) انظر المرجع السابق ، والمدونة (٦/٣١٧ ـ ٣١٨) .

(٢) في ق : وثلثا .

كالأول ، فيكون لها في الثلاثة الأصابع ثلاثون بعيراً . وإذا قطع لها أصبعان من كل يـد في ضربة [واحدة][1] ، كان لهـا عشـرون بعـيراً ، ثم إن قطـع لهـا مـن إحـدى اليديـن أصبع ، أخذت عشراً من الإبل ، فإن قطـع مـن اليـد الأخـرى أصبـع ، ففيـها عشـر . وكذلك لو قطع هذان الأصبعان من اليدين ، معاً ففيهما عشرون من الإبـل ، فمـا زاد بعـد ثلاثـة أصـابع مـن كـل كـف ، ففـي كـل أصبـع خمـس خمـس ، كـان القطـع معاً أو مفترقاً .

وإن قطع لها ثلاثة أصابع من يد ، وأصبع من الأخـرى في ضربـة ، أخـذت خمسـاً خمساً ، ثم إن قطع من اليد المقطوع منها الثلاثة [أصابع ، أصبع][2] رابع ، ومن اليد الأخرى أصبع أو أصبعان ، أخـذت في الرابـع مـن إحـدى اليديـن خمسـة أبعـرة ، وفي الأصبع أو الأصبعين من اليد الأخرى عشرة عشرة ، افترق القطع أو كان ذلك كله في ضربة واحدة ، مـا لم يقطـع لهـا مـن اليديـن[3] في ضربـة[4] واحـدة[5] أربعـة أصـابع ، وكذلك رجلاها على ما فسرنا في اليدين .

قـال ابـن القاسـم : ولـو قطـع لهـا أصبعـان عمـداً ، فـاقتصت أو عفـت ، ثم قطـع مـن تلـك الكـف أصبعـان أيضـاً خطـأ ، فلـها فيـهما عشـرون بعـيراً ،

---

(١) سقطت من ق و هـ و ز .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ك و ز ، والمثبت من ط و هـ .

(٣) في ق و ك : اليد .

(٤) في ز : مرة .

(٥) في ق و ك : واحدة من اليدين .

وإنما يضاف بعض الأصابع إلى بعض في الخطأ[1]، ولو ضربها منقلة ، ثم منقلة فلها في ذلك[2] ما للرجل إذا لم يكن في فور واحد ، وكذلك لو كانت المنقلة الثانية في موضع الأولى نفسه بعد برئها ، فلها فيها مثل ما للرجل ، وكذلك المواضح .

ولو أصابها في ضربة[3] بمواضح أو نواقل[4] تبلغ ثلث الدية ، رجعت فيها إلى عقلها .

[في دية لسان الأخرس والرجل العرجاء وما كان من الأعضاء على خلقة ضعيفة لكنها لم تنقص منه شيئاً]

وفي لسان الأخرس الاجتهاد . قيل : كم في الرجل العرجاء ؟ قال : العرج مختلف ، وما سمعت [من مالك][5] فيه شيئاً ، إلا أني سمعته يقول : كل شيء أصيب من الإنسان فانتقص ، ثم أصيب بعدُ ذلك الشيء ، فإنما له بحساب ما بقي من ذلك العضو .

قال مالك : وما كان من خلقة خلقها الله عز وجل ، لم ينْقُص منه شيء ، مثل استرخاء البصر ، أو العين الرمدة يضعف بصرها ، أو ضعف في يد

(١) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : ولا يضاف الخطأ إلى العمد . وفي ز : ولا يضاف بعض الخطأ إلى العمد .

(٢) في هـ و ز : في كل .

(٣) في ز : ضربة واحدة .

(٤) مواضح : جمع موضحة ، ونواقل : جمع منقلة .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

أو رجل ، إلا أنه يبصر بالعين ويسمع بإذنه ويمشي برجله ويبطش بيده ، ففي هؤلاء الدية كاملة . وكذلك الذي يصيبه أمر من السماء ، مثل العِرْق يضرب في رجل الرجل فيصيبه منه عرج أو رمد ، إلا أنه يمشي على الرجل ، ويبصر بالعين وقد مسها ضعف ، ففيها إن أصيبت الدية كاملة ، ولو كان ضعف هذه العين أو اليد أو الرجل بجناية خطأ ، أخذ فيها عقلاً ثم أصيبت بعد ذلك ، فإنما له ما بقي[1] من العقل .

قال ابن القاسم : فالعرج عندي مثل هذا .

[في دية العين والسن]

وقال مالك في باب بعد هذا[2] ، في العين يصيبها الرجل بالشيء ينتقص بصرها ، أو اليد فيضعفها ذلك وبصرها قائم واليد يبطش بها ولم يأخذ لها عقلاً ، فعلى من أصابها بعد ذلك العقل كاملاً ، وذلك[3] أن في السن السوداء إذا أصيبت العقل تاماً . قيل لمالك : فإن أخذ لنقص اليد والعين شيئاً ؟ قال : ذلك أشكل[4] ، أي ليس له إلا ما بقي ، ويقاص بما أخذ .

---

(١) في ق : بما بقي .

(٢) أي : في كتاب الجراحات من المدونة (٦/٣٢١) .

(٣) في ز : وكذلك .

(٤) أشكل هنا بمعنى : أبين ، أي إنه إذا كان هناك قول بأنه إن لم يكن أخذ شيئاً للنقص فليس له إلا بحساب ما بقي فلأن يكون له بحساب ما بقي وقد أخذ شيئاً للنقص أبين وأظهر وأولى . انظر : التقييد (٦/٣٤٨) .

قال ابن القاسم : وقد قال لي [مالك][1] قبلُ : إن هذا ليس له [إلا على حساب][2] ما بقي[3].

قال ابن القاسم : ولو أصيبت يد رجل أو عينه خطأ ، فضعفت فأخذ لها عقلاً إلا أنه يبطش باليد ويعمل بها ويبصر بالعين ، ثم أصابها بعد ذلك رجل عمداً ، ففيها القصاص بخلاف الدية .

مالك : وفي العين القائمة الاجتهاد . ولم يأخذ مالك بما ذكر عن زيد[4] أن فيها مائة دينار .

وإن كانت السن سوداء أو حمراء أو صفراء ، فأسقطها رجل ، ففيها العقل كاملاً ، والسوداء أشد . قيل : فإن ضربه فاسودت أو احمرت أو اصفرت أو اخضرت ؟ قال : إذا اسودت فقد تم عقلها ، وإذا كان[5] سائر[6] ذلك كالسواد تم عقلها وإلا فعلى حساب ما نقص .

---

(١) سقطت من هـ و ز .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) والمذهب في هذه المسألة أن العضو إذا كان ضعفه لخلقة ونفعه باق ، من بصر للعين وسمع للأذن فهو كالسليم في ديته ، وأما إن كان ضعفه المذكور بسبب جناية عليه ، فإن كان أخذ شيئاً لهذه الجناية فله باقي دية ذلك العضو وليست له كاملة ، وإن كان لم يأخذ للجناية على عضوه شيئاً فله دية ذلك العضو كاملة ، هذا هو المشهور وإليه أشار خليل بقوله : « والضعيف من عين ورجل ونحوهما خلقة كغيره ، وكذا المجني عليه إن لم يأخذ لها عقلاً » . انظر : منح الجليل (١٢١/٩).

(٤) في ز : زيد بن ثابت . وما ذكر عنه رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن زيد بن ثابت كان يقول في العين القائمة إذا طفئت مائة دينار . الموطأ (٨٥٧/٢) .

(٥) في هـ : فقد تم عقلها وأما إذا احمرت أو اصفرت أو اخضرت فإن كان . وفي ز : فقد تم عقلها وأما الخضرة فإن كان .

(٦) في ق :ساير .

وإن ضربت السن فتحركت ، فإن كان اضطراباً شديداً تم عقلها ، وإن كان تحريكاً خفيفاً ، عقل لها بقدر ذلك ، والسن الشديدة الاضطراب ينتظر بها سنة .

[في إصابة الكف والرجل وما فيهما من القود والدية]

وإذا ذهبت أصبع من الكف بأمر من الله عز وجل ، أو بجناية وقع فيها قصاص وعقل ، ثم أصيبت الكف خطأً ، ففيها أربعة أخماس دية اليد[1] ، ولو ذهب منها أنملة قد اقتص منها لقوصص بها في دية الكف .

ومن قطع كفاً خطأً وقد ذهب بعض أصابعها ، فإنما عليه بحساب ما بقي من الأصابع في الكف ، فإن لم يبق في الكف إلا أصبع واحدة ، فعليه في الأصبع ديتها ، واستحسن[2] في الكف حكومة .

ومن قطع كف رجل عمداً ، وقد ذهب منها أصبعان أو ثلاثة بأمر من الله تعالى ، أو بجناية وقع فيها القصاص أو عقل ، لم يقتص منه ، ولكن عليه العقل في ماله ، ولو ذهب منها أصبع واحدة ، قطعت يده قصاصاً عنها كانت[3] الإبهام المقطوعة أو غيرها .

ومن قطع يمين رجل عمداً ولا يمين له ، فديتها في ماله لا على العاقلة ، فإن كان عديماً ففي ذمته ، ولا تغلظ عليه الدية كدية العمد إذا قبلت . وعقل المأمومة والجائفة عمداً على العاقلة ، كان للجاني مال أو لم يكن ، وعليه ثبت مالك وبه

---

(١) في ز : أخماس الدية .

(٢) في ز : واستحق .

(٣) في هـ و ز : عنها سواء .

أقول[1]. وكان قد قال مالك : إنه في ماله ، إلا أن يكون عديماً فتكون على العاقلة ثم رجع . والفرق بين ذلك وبين اليدين ، أن الجائفة والمأمومة موضعهما قائم لا قود فيها .

قال مالك : وكل ما يجنيه عمداً ، فلا يقتص منه [و][2] في جسده مثله ، فعقل ذلك على العاقلة ، وعلى الجاني الأدب ، وكذلك[3] في المأمومة والجائفة . وكذلك ما لا يستطاع منه القود إذا بلغت الحكومة فيه ثلث الدية .

وأما ما ذهب من جسد الجاني ، ولو كان قائماً لاقتص منه ، فعقل ذلك في ماله أو في ذمته في عدمه .

ولا تحمل العاقلة أقل من الثلث ، وإنما تحمل الثلث فصاعداً إذا كان خطأ .

[في المأمومات والمنقلات]

ومن شج رجلاً ثلاث مأمومات في ضربة واحدة ففيها الدية كاملة ، فإن شجه ثلاث منقلات في ضربة واحدة حملتها العاقلة ؛ لأن هذا يبلغ أكثر من الثلث ، وإن كان ذلك في ثلاث ضربات ، وكان ضرباً متتابعاً لم يقلع عنه ، فهو كضربة واحدة تحملها العاقلة ، وإن كان مفترقاً في غير فور واحد لم تحمله العاقلة .

---

(١) وهو المعتمد في المذهب ، وإليه أشار خليل بقوله : « إلا ما لا يقتص منه من الجرح لإتلافه فعليها » ، قال عليش : استثنى من العمد فقال : « إلا ما » أي جرحاً عمداً لا يقتص منه لخوف إتلافه كجائفة وأمة . . . فديته عليها ، أي على عاقلة الجاني . منح الجليل (١٣٩/٩)، مختصر خليل (٢٦٤) .

(٢) سقطت من ق .

(٣) في هـ و ز : وذلك .

[1] ومن طرح سن صبي لم يثغر خطأ ، وقف [عليه][2] عقله بيد عدل ، فإن عادت لهيئتها ، رجع العقل إلى صاحبه ، وإن لم تعد أعطي العقل كاملاً ، وإن مات الصبي قبل أن تنبت سنه ، فالعقل لورثته ، وإن نبتت أصغر من قدرها الذي قلعت منه ، كان له من العقل بقدر ما نقصت .

ولو قُلعت عمداً ، وقف له العقل أيضاً ، ولا يعجل بالقود حتى يستبرأ أمرها ، فإن عادت لهيئتها ، فلا عقل فيها ولا قود ، وإن عادت أصغر من قدرها ، أعطي ما نقصت ، فإن لم تعد لهيئتها حتى مات الصبي ، اقتص منه وليس فيها عقل ، وهو بمنزلة ما لم ينبت .

تم كتاب الجراح بعون الله وحسن توفيقه .

* * *

* *

*

(١) في هـ : قال مالك .

(٢) سقطت من هـ و ز .



بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم صلّ على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

« كتاب الديات[1] »

[في دية اليهودي والنصراني والمجوسي ونسائهم وجناياتهم]

[2] ودية اليهودي [والنصراني][3] ، مثل دية نصف الحر المسلم ، ودية نسائهم على النصف من دية رجالهم ، ودية المجوسي ثمان مائة درهم ، والمجوسية أربع مائة درهم ، وجراحهم من دياتهم على قدر جراح المسلمين من دياتهم .

وإن قتل مسلم ذمياً خطأ ، حملت عاقلته الدية في ثلاث سنين .

والديات كلها : دية المسلم والمسلمة ، والذمي والذمية ، والمجوسي والمجوسية ، إذا وقعت تحملها العاقلة في ثلاث سنين ، فإن جنى مسلم على مجوسية خطأ ما يبلغ ثلث ديتها ، أو ثلث ديته ، حملته عاقلته ، [وكذلك لمن جنى على مسلمة ما يبلغ ثلث ديتها ، حملته عاقلته ،] مثل أن يقطع لها أصبعين ، فتحمل ذلك عاقلته ؛ لأن ذلك[4] أكثر من ثلث ديتها .

---

(١) الديات جمع دية ، قيل : أصلها من الودي وهو الهلاك ، ومنه : أودى فلان ، أي : هلك ، فلما كانت عن الهلاك سميت بذلك لكونها عن سببه ، وقد يكون أصلها من الإصلاح ؛ لأنها سكنت الطالب ، من قولهم : ودأت الشيء أي : أصلحته ، وودأت الأرض : إذا سويتها . أما الدية في اصطلاح الشرع فقد عرفها ابن عرفة بأنها : « مال يجب بقتل آدمي حرّ عن دمه أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد » . انظر : التقييد (٣٢١/٦)، شرح حدود ابن عرفة (٦٧٧).

(٢) في هـ : قال مالك .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في ق و ك : وإن كان ذلك .

ولو جنت امرأة على رجل ما يبلغ ثلث ديتها ، حملته العاقلة أيضاً .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : والأول[1] أبين ، وأصل هذا أن الجناية إذا بلغت ثلث دية الجاني أو ثلث دية المجني عليه ، حملتها العاقلة .

[في المجوسي أو النصراني يجني على المسلم]

ولو جنى مجوسي أو مجوسية على مسلم ما يبلغ ثلث دية الجاني ، حمل ذلك أهل عواقلهم[2] ، الرجال منهم دون النساء ، وهم الذين يؤدون معهم الخراج .

وإذا جنى النصراني جناية حمل ذلك أهل جزيته ، وهم أهل كورته[3] الذين خراجه معهم ، وعلى قاتل عبيدهم [قيمتهم][4] ما بلغت قيمتهم ، كعبيد المسلمين ، وإن كانت القيمة أضعاف الدية ، إلا أن في مأمومة العبد وجائفته في كل واحد ثلث قيمته ، وفي منقلته عشر قيمته ونصف عشر قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، وفيما سوى ذلك من جراحه ما نقص بعد برئه .

وإذا قتل ذمي مسلماً خطأ ، حمّل ذلك عاقلته .

---

(١) الأول يريد به ثلث دية المجني عليه أي : اعتبار ثلث دية المجني عليه ، أبين من اعتبر دية الجاني عند تقدير الجناية لمعرفة هل تحملها العاقلة أم لا ، وليس في المذهب خلاف في المسألة ، فإن الجناية متى بلغت ثلث دية المجني عليه أو الجاني حملتها العاقلة ، إلا أن مراعاة دية المجني عليه أبين من اعتبار دية الجاني ، أي أظهر من حيث المعنى ؛ لأن المجني عليه هو المفدى . وإلى هذا أشار خليل بقوله : « ونجمت دية الحر الخطأ بلا اعتراف على العاقلة ، والجاني إن بلغ ثلث المجني عليه أو الجاني » . انظر : التقييد (٣٥٢/٦)، منح الجليل (١٣٧/٩ ـ ١٣٨)، مختصر خليل (٢٦٤).

(٢) في هـ و ز : معاقلتهم .

(٣) كورته : جماعته وأهل مدينته وحيه . انظر : المصباح (٢٤٣)، التقييد (٣٥٢/٦) .

(٤) سقطت من هـ و ز .

[في دية أهل الذمة بعضهم على بعض ، وكيفية التعاقل بين الأقوام وأهل البلد]

وإن أصاب أهل الذمة بعضهم بعضاً ، حمل ذلك عواقلهم ، وما تظالموا بينهم فالسلطان يحكم فيه بينهم .

قال مالك ـ رحمه الله ـ : إنما العقل على القبائل ، كانوا أهل ديوان أم لا ، ومصر والشام أجناد قد جندت ، فكل جند عليهم جرائرهم دون غيرهم من الأجناد ، ولا يعقل أهل مصر مع أهل الشام ، ولا أهل الشام مع أهل مصر ، ولا الحضر مع البدو[1] ، ولا أهل البدو مع أهل الحضر ؛ إذ لا يكون في دية واحدة إبل ودنانير ، [أو دنانير][2] ودراهم ، وإن انقطع بدوي فسكن الحضر عقل معهم ، وكذلك الشامي يوطن مصر ، فإنه يعقل[3] معهم ، بمنزلة رجل من أهل مصر [مع أهل الشام][4] ، ثم إن جنى وقومه بالشام وليس بمصر من قومه من يحمل ذلك لقلتهم ، ضم إليه أقرب القبائل بها إلى قومه ، وإن لم يكن بمصر من قومه أحد فليضم إليه أيضاً أقرب القبائل من قومه حتى يقووا على العقل ، إذ لا يعقل أهل الشام مع أهل مصر .

ويحمل الغني من العقل بقدره ، ومن دونه بقدره ، وذلك على قدر طاقة الناس في يسرهم .

---

(١) في هـ : ولا الحضري مع البدوي .

(٢) سقطت من ك و هـ .

(٣) في ق : يعطى .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك و هـ و ز .

[في جناية الصبي والمجنون]

وإذا جنى الصبي والمجنون عمداً أو خطأً بسيف أو غيره ، فهو كله [خطأ][1] تحمله العاقلة إن بلغ الثلث ، وإن لم يبلغ الثلث ففي ماله ، ويتبع به ديناً في عُدمه .

وإن كان المجنون يفيق أحياناً فما جنى في حال الإفاقة ، فكالصحيح في حكمه في الجراح والقتل[2] . وإذا رفع[3] للقود وقد أخذه الجنون ، أُخّر لإفاقته .

[في دية الجنين والكفارة فيه والقسامة وغيرها]

وقضى النبي ﷺ في الجنين يخرج ميتاً بجناية جان ، بغرة عبد أو وليدة[4] .

قال مالك : والحمران[5] من الرقيق أحب إلي من السودان ، فإن قل الحمران بتلك البلدة فليؤخذ من السودان . والقيمة في ذلك خمسون ديناراً أو ستمائة درهم ، وليست القيمة بسنة مجمع عليها ، وإنا لنرى[6] ذلك حسناً[7] .

فإذا بذل الجاني عبداً أو وليدة ، جبروا على أخذها إن ساوى ما بذل خمسين

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ك و ز : والقذف .

(٣) في هـ : دفع .

(٤) وذلك في الحديث المتفق عليه عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن امرأتين من هذيل اقتتلتا ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها . فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة . رواه البخاري (٦٩١٠) كتاب الديات ، باب جنين المرأة . ومسلم (١٦٨١) في القسامة باب دية الجنين .

(٥) أي البيض .

(٦) في ز : وأنا أرى .

(٧) أي أن تكون خمسين ديناراً أو ستمائة درهم .

ديناراً أو ستمائة درهم ، وإن ساوى أقل من ذلك ، لم يجبروا على أخذه إلا أن يشاءوا . وليس على أهل الإبل في ذلك إبل ، وقد قضى النبي ﷺ [في][1] الغرة والناس يومئذ أهل إبل ، وإنما تقويمها بالعين أمر مستحسن .

وإذا ضربت المرأة عمداً أو خطأً ، فألقت جنيناً ميتاً ، فإن علم أنه حمل - وإن كان مضغة أو علقة ، أو مصوراً ذكراً أو أنثى - ففيه الغرة بغير قسامة في مال الجاني ، ولا تحملها العاقلة ، ولا شيء فيه حتى يزايل بطنها ، وتورث الغرة على فرائض الله عز وجل . قيل : فهل على الضارب كفارة ؟ قال : قال مالك : إنما الكفارة في كتاب الله عز وجل [في قتل الحر خطأ .

واستحسن مالك[2] الكفارة][3] في الجنين ، وكذلك العبد والذمي إذا قتلا ففيهما الكفارة ، وفي جنينهما الكفارة ، ولوضربها رجل [خطأ][4] فماتت ، ثم خرج الجنين بعد موتها ميتاً ، فلا غرة فيه ، وإنما على عاقلته[5] الدية ؛ لأنه مات بموت أمه ، وعليه كفارة واحدة .

وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ، ثم ماتت بجنين في بطنها ، ومات الخارج قبل موتها أو بعد ، ففي الأم دية واحدة والكفارة ، ولا دية في الجنين الذي لم يزايلها

---

(1) سقطت من هـ و ز .

(2) استحسن هنا بمعنى أحب ، وليس من الاستحسان الذي هو أحد الأدلة ، فالكفارة هنا مستحبة فقط في المذهب ، كما أشار خليل إلى ذلك بقوله : « وندبت في جنين ورقيق وعمد وعبد » . انظر : التقييد (٣٥٦/٦)، مختصر خليل (٢٦٥) .

(3) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(4) سقطت من ق و هـ و ز .

(5) في ك : على قاتله .

ولا كفارة . والذي ألقته إن استهل صارخاً ففيه القسامة والدية ، وإن لم يستهل [صارخاً][1] ففيه الغرة . وإذا خرج الجنين ميتاً أو حياً ، فمات قبل موتها[2] ثم ماتت بعده ، ورثته .

ولو ماتت هي وقد استهل ثم مات بعدها ، لورثها ، ولو خرج الجنين ميتاً ثم خرج آخر حياً بعده أو قبله ، أو ولد للأب ولد من امرأة أخرى فعاش[3] ، أو استهل صارخاً ثم مات مكانه وقد مات الأب قبل ذلك كله ، كان لهذا الذي خرج حياً [ميراثه من دية الذي خرج ميتاً ، ألا ترى أن المولود إذا خرج حياً][4] يرث أباه الميت أو أخاه قبل ولادته .

ولو ضرب الأب[5] بطن امرأته [خطأ][6] فألقت جنيناً ميتاً ، فلا يرث الأب من دية الجنين شيئاً ولا يحجب ، وميراثه لسواه .

ومن ضرب بطن امرأة خطأ فألقت جنيناً حياً ، فاستهل ثم مات ، ففيه القسامة ، والدية على العاقلة ، ولو ضرب بطنها عمداً [فألقت جنيناً حياً ، ثم استهل فمات][7] ، ففيه القصاص بقسامة ، وذلك إذا تعمد ضرب بطنها خاصة .

---

(١) سقطت من هـ و ز .

(٢) في هـ : قبل أمه . وفي ز : قبل موت أمه .

(٣) في ز : فعاش أو مات .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٥) في ق : الرجل .

(٦) سقطت من ز .

(٧) سقط ما بين المعكوفتين من ق و ز .

قال : ولم يكن في الجنين يخرج ميتاً قسامة ؛ لأنه كرجل ضرب فمات ولم يتكلم ، وإذا صرخ ثم مات كان كالمضروب يعيش أياماً ، ففيه القسامة ؛ إذ لا يدرى أمات الجنين من الضربة ، أو لما عرض له بعد خروجه .

[في المجوسي يضرب بطن مسلمة ، وفي جنين الأمة من غير السيد ، وجنين التي أسلمت تحت نصراني أو تحت مجوسي]

ولو ضرب مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ ، فألقت جنيناً ميتاً ، حملته عاقلة الضارب ، وإن كان ذلك عمداً كان في مال الجاني .

وفي جنين أم الولد من سيدها ما في جنين الحرة ، وفي جنين الأمة من غير السيد عشر قيمة أمه ، كان أبوه حراً أو عبداً .

وفي جنين الذمية عشر دية أمه أو نصف عشر دية أبيه ، وهما[1] سواء ، [والذكر والأنثى في ذلك سواء][2].

ولو أسلمت نصرانية حامل تحت نصراني ، ففي جنينها ما في جنين النصرانية[3] ، وذلك نصف عشر دية أبيه ، ولو استهل صارخاً ثم مات ، حلف من يرثه يميناً واحدة لمات من ذلك واستحقوا ديته ؛ لأن مالكاً قال في النصراني يقوم على قتله شاهد[4] عدل مسلم : إن ولاته يقسمون معه يميناً واحدة ، ويستحقون الدية على من قتله مسلماً كان أو نصرانياً .

---

(١) في هـ : وهو .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٣) في ك و هـ : النصراني .

(٤) في ز : شاهد واحد .

وإن تزوج عبد مسلم نصرانية ، ففي جنينها ما في جنين الحر المسلم .

وإن أسلمت مجوسية حامل تحت مجوسي ففي جنينها ما في جنين المجوسي ، أربعون درهماً .

[في الرجل والصبي يقتلان رجلاً عمداً ، وفي القاتل يعقل عنه ويضرب ويحبس]

وإذا قتل رجل وصبي رجلاً عمداً ، قُتل الرجل ، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية ، ولو كانت رمية الصبي خطأ ، ورمية الرجل عمداً ، فمات منهما جميعاً ، فأحب إلي أن تكون الدية عليهما جميعاً[1] ؛ لأني لا أدري من أيتهما مات .

ومن ثبت عليه أنه قتل رجلاً عمداً ببينة ، أو بإقراره ، أو بقسامة ، فعفي عنه ، أو سقط[2] عنه القتل لأن الدم لا يتكافأ ، فإنه يضرب مائة ويحبس عاماً ، كان القاتل رجلاً أو امرأة ، مسلماً أو ذمياً ، حراً أو عبداً ، لمسلم أو لذمي ، [والمقتول مسلم أو ذمي ، حر أو عبد ، لمسلم أو لذمي][3] ، وكذلك العبد يقتل وليك عمداً فتعفو عنه على أن تأخذه ، فإنه يضرب مائة ويحبس عاماً ، وإذا قتل عبد وليك فعفوت عنه ولم تشترط شيئاً ، فذلك[4] كما لو عفوت عن الحر ، ولا تشترط الدية ثم تطلب الدية .

---

(١) فيكون نصفها في مال الرجل ونصفها على عاقلة الصبي ، وقوله : « فأحب إلي » بمعنى الوجوب ، أي أن ذلك هو الحكم الواجب ، وخالف أشهب فقال : يقتل الرجل ، قال اللخمي : وقول ابن القاسم أحسن ، والوجه لما قال أنه يمكن أن تكون القاتلة رمية الصبي ، ولا يكون على الرجل شيء ، وإذا أمكن ذلك لم يقتل الرجل بالشك . انظر : التقييد (٣٥٨/٦).

(٢) في ق : وسقط . وفي ك : سقط . وفي ز : إذا سقط .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٤) في ق : فكذلك .

قال مالك : لا شيء لك إلا أن يتبين أنك أردتها فتحلف بالله [إنك][1] ما عفوت على ترك الدية إلا لأخذها ، ثم ذلك لك . وكذلك في العبد لا شيء لك إلا [أن يعرف][2] أنك عفوت لتسترقه ، فذلك لك ، ثم يخير سيده . ولو عفوت على أن تأخذه رقيقاً ، وقال سيده : إما أن تقتله أو تدعه ، فلا قول له ، والعبد لك إلا أن يشاء ربه دفع الدية إليك ويأخذه ، فذلك له .

[فيمن أقر بقتل خطأ أو قال : قتلني فلان خطأ]

ومن أقر بقتل خطأ ، فإن اتهم أنه أراد غناء ولد المقتول كالأخ والصديق ، لم يصدق ، وإذا كان من الأباعد ، صدق إن[3] كان ثقة مأموناً ، ولم يخف أن يرشا على ذلك ، ثم تكون الدية على عاقلته بقسامة ، ولا تجب عليه بإقراره .

وإذا لزمت العاقلة[4] كانت في ثلاث سنين ، فإن أبى ولاة الدم أن يقسموا فلا شيء لهم ولا في مال المقر ، كما لو ضُرب[5] رجل فقال : قتلني فلان خطأ ، فإنه يصدق ، ويكون العقل على عاقلة القاتل بقسامة ، وإلا لم يكن لهم[6] في مال المدعى عليه شيء .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٣) في ق : وإن .

(٤) في هـ : الدية .

(٥) في ز : صرع .

(٦) في ز : لك .

[في الجماعة يقتلون الواحد]

وإذا قتل عشرة رجال رجلاً خطأ وهم من قبائل شتى ، فعلى قبيلة كل رجل عشر الدية في ثلاث سنين ، ولو جنوا قدر ثلث الدية ، حملته عواقلهم أيضاً في سنة ، وما كان دون الثلث ففي أموالهم ، ولا تحمله عواقلهم .

[في الأعور يفقأ عين رجل صحيح ، والقصاص في السن]

وإذا فقأ أعور العين اليمنى عين رجل صحيح اليمنى[1] خطأ ، فعلى عاقلته نصف الدية ، وإن فقأها عمداً ، فعليه خمسمائة دينار في ماله ، وهو كأقطع اليد اليمنى يقطع يد رجل اليمنى ، فدية اليد في مال الجاني ، ولا يقتص من اليد أو الرجل اليمنى باليسرى ، ولا اليسرى باليمنى ، وكذلك العين .

ولا يقاد لسن إلا بمثلها في صفتها وموضعها : الرباعية بالرباعية ، والعليا بالعليا ، والسفلى بالسفلى ، وإن لم يكن للجاني مثل الذي طرح رجع ذلك إلى العقل .

قال : وإن كان المفقوءة عينه أعور العين اليسرى ، فله في عينه اليمنى ألف دينار ؛ إذ لا قصاص له في عين الجاني ، [و][2] لأن دية عين الأعور عند مالك ألف دينار .

[قال مالك :][3] وإن فقأ الأعور عين الصحيح التي مثلها باقية للأعور ،

(١) في ز : صحيح العين اليمنى .

(٢) سقطت من ك .

(٣) سقطت من هـ .

فللصحيح أن يقتص [إن أحب][1] ، وإن أحب فله دية عينه ، ثم رجع فقال : إن أحب أن يقتص اقتص ، وإن أحب فله دية عين الأعور ألف دينار ، وقوله الآخِر[2] أعجب[3] إلي .

وإن فقأ أعمى عين رجل عمداً ، فديتها في ماله لا على العاقلة .

وإن فقأ أعور عيني رجل [جميعاً][4] عمداً ، فله القصاص في عينه ونصف الدية في العين الأخرى .

[فيمن ذهب سمع إحدى أذنيه فيضربه رجل فيذهب الثانية]

ومن ذهب سمع إحدى أذنيه ، فضربه رجل فأذهب سمع الأخرى ، [فعليه نصف الدية][5] بخلاف عين الأعور .

وليست[6] الدية[7] في شيء واحد مما هو زوج في الإنسان ، مثل :

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٢) الآخر بالكسر ، أي قوله الأخير الذي رجع إليه وهو المشهور ، وإليه أشار خليل بقوله : « وإن فقأ أعور من سالم مماثلته ، فله القصاص أو دية ما ترك » ، قال عليش : فله أي : المجني عليه القصاص بفقء العين ـ عين الأعور السالمة ـ فيصير أعمى ، أو دية عين الأعور السالمة . . . ألف دينار . انظر : مختصر خليل (٢٦٠) ، منح الجليل (٩/٥٨)، التقييد (٦/٣٦٠) .

(٣) في ز : أحب .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من هـ .

(٦) في ز : وليس في .

(٧) في هـ : الدية كاملة .

اليدين والرجلين وشبههما ، إلا في عين الأعور وحدها ، لما جاء فيها من السنة[1] ، وإنما في كل واحد من ذلك نصف الدية ، سواء ذهب أولاً أو آخراً .

[فيمن شجّ رجلاً موضحة خطأ فأذهب منها سمعه أو عقله]

ومن شج رجلاً موضحة خطأ ، فأذهب[2] سمعه وعقله ، فعلى عاقلته ديتان[3] ودية الموضحة ؛ لأنها ضربة واحدة ، وكذلك إن شجه موضحة ومأمومة في ضربة ، فعقلهما على العاقلة .

وإن شجه موضحة ومأمومة في ضربة[4] متعمداً ، اقتص من الموضحة ، وحملت العاقلة المأمومة .

وإن ضربه عمداً فأوضحه فأذهب منها سمعه وعقله ، فإنه يقاد من الموضحة بعد البرء ، ثم ينظر إلى المقتص منه ، فإن برئ ولم يذهب سمعه وعقله من ذلك ، كان في ماله عقل سمع الأول وعقله ، وقد يجتمع في ضربة واحدة قصاص وعقل .

[فيمن قطع أصبع رجل فشلت يده أو قطع كفه فشل الساعد]

ولو قطع أصبع رجل عمداً ، فشلت من ذلك يده أو أصبع أخرى ، اقتص من

---

(١) يشير إلى الآثار التي وردت في ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن عمر وعدد من التابعين . انظرها في : مصنف عبد الرزاق (٩/٣٣٠ - ٣٣١)، ومصنف ابن أبي شيبة (٩/١٩٧)، والموطأ (٢/٨٥٧) ، ولم أجد فيها شيئاً مرفوعاً للنبي ﷺ .

(٢) في هـ و ز : فذهب من ذلك .

(٣) في ز : ديتان دية السمع .

(٤) في هـ : ضربة واحدة .

الجاني في الأصبع ويستأنى به ، فإن برئ ولم تشل يده ، عقل ذلك في ماله .

قال مالك : وهـذا أحـب مـا في ذلـك [إلي][1] مـن الاختـلاف[2] ، وإن ضـرب [رجل][3] رجلاً خطأً فقطع كفه فشل الساعد ، فعلـى عاقلتـه ديـة اليـد لا غيرهـا ؛ لأنها ضربة واحدة .

[في اختبار ما نقص من السمع والبصر حين يصاب]

وإذا أصيبت العين فنقص بصرها ، أغلقت الصحيحة ثم جعل له بيضة أو شـيء في مكان يختبر به[4] منتهى بصر السقيمة ، فإذا رآها ، حولت له إلى موضـع آخـر ، فـإن تساوت الأماكن أو تقاربت ، قيست الصحيحة ثم أعطي بقدر ما نقصـت المصابـة مـن الصحيحة ، والسمع مثله ، يختبر بالأمكنة أيضاً حتى يعرف صدقه من كذبه .

وإن ادعى المضروب أن جميع سمعه أو بصره ذهب ، صدق مع يمينه ، والظالم أحق بالحمل عليه ، ويختبر إن قدر على ذلك بما وصفنا .

[في الذي يجني من أهل الإبل ما لا تحمله العاقلة أو تحمله ، ودية العمد]

ومـن جنى مـن أهـل الإبـل مـا لا تحمله العاقلـة ، فذلـك في مالـه مـــن الإبـــل ، فإن قطع أصبع رجل خطأً كان في ماله ابنتا مخاض ، وابنتـا لبـون ، [وابنـا لبـون][5] ،

---

(١) سقطت من ق .

(٢) يحتمل أنه يشير إلى خلاف أبي حنيفة والشافعي وابـن المـاجشون ؛ لأنهـم خـالفوا في هـذه المسألة والتي قبلها ، ويحتمـل أنه أراد خـلاف أشـهب ؛ لأنـه أيضـاً خـالف في المسـألتين ، وانظـر للخلاف هنا : التقييد (٣٦٣/٦) ، المقدمات (٣٣٤/٣) .

(٣) سقطت من ك .

(٤) في هـ و ز : به منها .

(٥) سقطت من ك .

وحقتان ، وجدعتان ، وكذلك لو جنى ما هو أقل من بعير ، كان ذلك عليه في الإبل .

وقاتل العمد إذا صولح[1] على أكثر من الدية ، فذلك جائز ، كان من أهل الإبل أو من غيرهم . وإذا قبلت دية العمد ، فهي في مال القاتل لا على العاقلة .

ومن جنى جناية خطأ وهو من أهل الإبل ، فصالح الأولياء عاقلته على أكثر من ألف دينار ، فذلك جائز إن عجلوها ، فإن تأخرت ، لم يجز ؛ لأنه دين بدين ، ولو جنى عمداً فصالح[2] الأولياء على مال إلى أجل ، جاز ذلك ؛ لأن هذا دم وليس بمال .

ولو صالح الجاني على[3] العاقلة ، والجناية خطأ مما تحملها العاقلة ، فقالت العاقلة : لا نرضى بصلحه ولكنا نحمل[4] ما علينا من الدية ، فذلك[5] لهم .

[ذكر ما أصاب النائم والنائمة ، والشاهد يشهد على رجل أنه قتل فلاناً خطأ ويشهد آخر على إقرار القاتل]

وما أصاب النائم من شيء يبلغ ثلث الدية ، فهو على عاقلته ، وإذا نامت امرأة على ولدها فقتلته ، فديته على عاقلتها وتعتق رقبة .

وإن شهد شاهد على رجل أنه قتل فلاناً خطأ ، فليقسم أولياء القتيل ويستحقون الدية على العاقلة .

---

(١) في هـ : صالح .

(٢) في ز : فصالح الجاني .

(٣) في هـ : على .

(٤) في ز : ولكنا نحمل بصلحك ولا كما تحمل .

(٥) في هـ : فذلك جائز .

ولو شهد رجل[1] على رجل أنه قتل فلاناً خطأ ، وشهد آخر على إقرار القاتل بذلك ، فلا يجب على العاقلة بذلك شيء إلا بالقسامة .

وإن شهد شاهد على إقرار القاتل أنه قتله خطأ ، فلا يثبت ذلك من إقراره إلا بشاهدين ، فيقسمون حينئذ معهما ويستحقون [الدية][2]، وذلك بخلاف من أقام شاهداً على إقرار رجل بدين ، هذا يحلف مع شاهده ويستحق حقه .

وإذا حسنت حال المحدود في القذف ، جازت شهادته في الدم وغيره .

[القول فيمن تجوز شهادته في قتل الخطأ ، وفي المقتول يقول : دمي عند فلان عمداً أو خطأ ، والقسامة في ذلك]

وتجوز شهادة النساء في جراح الخطأ وقتل الخطأ ؛ لأن ذلك مال .

وإن شهدن مع[3] رجل على منقلة أو مأمومة عمداً ، جازت شهادتهن ؛ [لأن العمد والخطأ فيهما مال ليس بقود][4].

وإذا قال المقتول : دمي عند فلان قتلني عمداً أو خطأ ، فلولاته[5] أن يقسموا ويقتلوه في العمد ، ويأخذون الدية في الخطأ من العاقلة ، وليس للورثة أن يقسموا على خلاف ما قال المقتول .

---

(١) في هـ : شاهد .

(٢) سقطت من ك .

(٣) في ك : على رحل .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك ، وفي هـ و ط وردت العبارة هكذا : لأن العمد والخطأ فيهما إنما هو مال وليس فيه قود .

(٥) في ز : فلأوليائه .

وإن قال : قتلني ، ولم يقل عمداً أو خطأ ، فما ادعاه ولاة المقتول[1] من عمد أو خطأ ، أقسموا عليه واستحقوه . وإن قال بعضهم : عمداً ، و [قال][2] بعضهم : خطأ ، فإن حلفوا كلهم استحقوا دية الخطأ بينهم أجمعين ، ولا سبيل إلى القتل .

وإن نكل مدعو الخطأ ، فليس لمدعي العمد أن يقسموا ، ولا دم لهم ولا دية .

وإن قال بعضهم : عمداً ، وقال الباقون : لا علم لنا بمن قتله ولا نحلف[3] ، فإن دمه يبطل .

وإن قال بعضهم : خطأ ، وقال الباقون : لا علم لنا ، أو نكلوا عن اليمين حلف مدعو الخطأ وأخذوا نصيبهم من الدية ، ولا شيء للآخرين ، ثم إن أراد الآخرون أن يحلفوا بعد نكولهم ويأخذوا نصيبهم من الدية لم يكن لهم ذلك .

قال مالك : إذا نكل مدعو الدم عن اليمين ردوا[4] الأيمان على المدعى عليهم ، ثم [إن][5] أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا ، لم يكن لهم ذلك . وكذلك من أقام شاهداً على مال وأبى أن يحلف معه ، ورد اليمين على المطلوب ، ثم بدا له أن يحلف ، فليس ذلك له ، وإن نكل المطلوب ههنا غرم ، ولم يرد اليمين على الطالب .

فإن لم يكن للمقتول إلا وارث واحد فادعى الخطأ ، فليحلف خمسين يميناً

---

(١) في هـ و ز : الدم .

(٢) سقطت من ق و ك .

(٣) في ق : يحلف .

(٤) في هـ : وردوا .

(٥) سقطت من هـ و ز .

ويستحق الدية كلها ، وإن ادعى العمد لم يقتل المدعى عليه إلا بقسامة رجلين فصاعداً ، فإن حلف معه آخر من ولاة الدم [و][1] إن لم يكن مثله في القعدد[2] ، قُتل[3] وإلا ردت الأيمان على المدعى عليه ، فإذا حلف خمسين يميناً برئ ، وإن نكل حبس حتى يحلف[4].

قال مالك : والمتهم بالدم إذا ردت عليه الأيمان ، لا يبرأ حتى يحلف خمسين [يميناً][5]، ويحبس حتى يحلفها ، وليس في شيء من الجراح قسامة ، ولكن من أقام شاهداً عدلاً على جرح عمداً أو خطأ ، فليحلف معه يميناً واحدة ، ويقتص في العمد ويأخذ الدية[6] في الخطأ ، وإنما خمسون يميناً في النفس لا في الجراح .

قيل لابن القاسم : لِمَ قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال ؟ فقال : كلمت مالكاً في ذلك فقال : إنه لشيء استحسناه ، وما سمعت فيه شيئاً[7].

---

(١) سقطت من ق .

(٢) تقدم معنى القعدد وأنها القرابة .

(٣) في هـ : قتلوا .

(٤) وردت هنا زيادة في هـ ، وهي : وكذلك من أقام شاهداً على جرح عمد فليحلف ويقتص ، فإن نكل قيل للجارح : احلف أو ابرأ ، فإن نكل سجن حتى يحلف .

(٥) سقطت من ق .

(٦) في ز : العقل .

(٧) أي أنه قال به بموجب الاستحسان الذي هو تقديم المصالح المرسلة على القياس ، ووجه الاستحسان هنا أنه لو جعل القصاص بخلاف الأموال فلا يحكم فيه بالشاهد واليمين ـ كما هو القياس ـ لأدى ذلك إلى الاجتراء على الدماء ، فإذا علم أنه يقتص فيه بالشاهد واليمين ـ كالأموال ـ كان ذلك أدعى للكف والزجر عنها . وهذه إحدى المسائل الأربع التي استحسنها مالك في المدونة ، وصرح أنه لم يتبع فيها قولاً سبقه لأحد ، وإنما استحسنها هو ، =

قال مالك : الأمر المجتمع[1] عليه أنه لا يقسم في دم العمد أقل من رجلين .

قال ابن القاسم : ولا أراه أخذه إلا من قبل الشهادة ؛ إذ لا يقتل أحد إلا بشاهدين . فإن نكل واحد من ولاة الدم الذين يجوز عفوهم إن عفوا ، فلا سبيل إلى القتل ، كانوا اثنين أو أكثر .

[فيمن قتل وله ولي صغير أو كبير]

وإذا كان للمقتول أولاد صغار ـ والقتل بقسامة ـ ، فلأولياء المقتول تعجيل القتل ، ولا ينتظر[2] أن يكبر ولده فتبطل الدماء . وإن عفوا ، لم يجز عفوهم إلا على الدية لا أقل منها .

وإن كان أولاد المقتول صغاراً و[3] كباراً ، فإن كان الكبار اثنين فصاعداً ، فلهم أن يُقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغار ، وإن عفا بعضهم فللباقين منهم وللأصاغر حظهم من الدية ، وإن لم يكن له إلا ولدين[4] كبير وصغير ،

= وقد تقدم ذكر هذه المسائل الأربع في كتاب الشفعة ، وهي باختصار : الشفعة في الأنقاض ، والشفعة في الثمار ، وأن في كل أنملة من الإبهامين خمساً من الإبل ، وهذه المسألة . وانظر : التقييد (٦/٣٧٨) .

(١) قوله : « الأمر المجتمع عليه » هنا ، يريد به إجماع أهل المدينة ، بخلاف قوله : « الأمر المجتمع عليه عندنا » فإنه يريد به جل أهل المدينة ، وقيل : يريد به ما اجتمع عليه الفقهاء السبعة ، وقيل : ما اجتمع عليه ربيعة وابن هرمز . انظر لهذه المسألة : التقييد (٦/٣٧٨) ، وعمل أهل المدينة بين مصطلحات الإمام مالك وآراء الأصوليين لفضيلة شيخنا الأستاذ الدكتور أحمد محمد نور سيف (ص٣١٨) .

(٢) في ز : ينتظرون .

(٣) في ز : أو .

(٤) في ك : إلا ولد واحد .

فإن وجد الكبير رجلاً من ولاة الدم يحلف معه ، وإن لم يكن ممن له العفو ، حلفا جميعاً خمسين يميناً ، ثم للكبير أن يقتل[1] ، وإن لم يجد من يحلف معه حلف خمساً وعشرين يميناً واستؤني بالصغير ، فإذا بلغ حلف أيضاً خمساً وعشرين يميناً ثم يستحق الدم .

وإن كان القتل بغير القسامة وللمقتول ولدان أحدهما حاضر والآخر غائب ، فإنما للحاضر أن يعفو ، فيجوز العفو على الغائب ويكون له حظه من الدية ، وليس له أن يقتل حتى يحضر الغائب ، ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب ، ولا يكفل ، إذ لا كفالة في الحدود ولا في القصاص[2] .

وإن كان للمقتول أولياء[3] كبار وصغار فللكبار ، أن يقتلوا ولا ينتظروا الصغار ، وليس الصغير كالغائب ؛ [لأن الغائب][4] يكتب إليه فيصنع في نصيبه ما شاء . والصغير يطول انتظاره فتبطل الدماء ، وإن كان أحد الوليين مجنوناً مطبقاً ، فللآخر أن يقتل ، وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر .

وإن كان في الأولياء مغمى عليه أو مبرسم[5] ، فإنه ينتظر إفاقته ؛ لأن هذا مرض من الأمراض .

---

(١) في ز : يميناً ثم يستحق الدم .

(٢) وردت هنا زيادة في ز ، وهي : ولا ما دون النفس من القصاص .

(٣) في هـ : أولاد .

(٤) سقطت من ك و ز .

(٥) المبرسم : المصاب بالبرسام ، وهو داء عبارة عن ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والمعي ثم يتصل بالدماغ . انظر : المصباح (٤٢) .

[في قسامة النساء في العمد]

ولا يقسم النساء في دم العمد ، ويقسمن[1] في [دم][2] الخطأ . وإنما يحلف ولاة الدم في الخطأ على قدر مواريثهم من الميت ، فإن لم يدع الميت إلا ابنة بغير عصبة ، حلفت خمسين يميناً وأخذت نصف الدية ، وإن جاءت مع العصبة حلفت خمساً وعشرين يميناً والعصبة مثلها .

فإن نكلوا لم تأخذ البنت نصف الدية حتى تحلف خمسين يميناً ، [وإن كانت بنتاً وابناً[3] غائباً لم تأخذ البنت ثلث الدية حتى تحلف خمسين يميناً][4]، وإذا قدم الولد الغائب حلف ثلثي الأيمان وأخذ ثلثي الدية . وإذا انكسرت عليهم يمين نظر من يقع له[5] أكثر تلك اليمين فيجبر عليه . وإن لزم واحداً نصف اليمين وآخر ثلث وآخر سدس ، حلفها صاحب النصف .

[في قسامة الجد مع الإخوة وعفوهم والشهادة على الدم]

وإن كان للمقتول أخ وجد ، وأتوا بلوث[6] من بينة ، وادعيا الدم عمداً

---

(١) في ك : ويقسمون .

(٢) سقطت من هـ و ز .

(٣) في هـ : ولو ترك مع البنت ولداً .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٥) في ط : من يقع عليه .

(٦) نقل الزرويلي عن القاضي عياض في تعريف اللوث أنه الشهادة التي ليست بتامة ، كأنها لاثت ، أي التبست في الحكم ، إذ لم تكن قاطعة ، مشتقة من الألث من الشجر ، وهو ما التبس بعضه ببعض . انظر : التقييد (٦/٣٨٥) .

أو خطأ ، فليحلفا ويستحقا[1] ، وإن كان عشرة أخوة[2] وجد ، حلف الجد ثلث الأيمان والإخوة ثلثي الأيمان ، فإن عفا الجد عن القتل دون الإخوة ، جاز عفوه ، وهو كأحدهم .

وإن شهد شاهد[3] على دم عمد أو خطأ ، كانت القسامة .

ولا يحبس المشهود عليه في الخطأ ؛ لأن الدية إنما تجب على العاقلة . ويحبس في العمد حتى يزكوا الشهود ، فتجب القسامة . وإن لم يزك فلا قسامة ؛ إذ لا تجب القسامة[4] إلا مع الشاهد[5] العدل . ولا يقسم مع شاهد مسخوط .

ولا يكفل في القصاص ولا في الحدود . وليس في قتل الخطأ حبس ولا تعزير[6] .

[في المقتول يوجد بدار قوم]

وإذا وجد قتيل في قرية قوم أو دارهم ، ولا يدرى من قتله ، لم يؤخذ به أحد ، وتبطل ديته ولا يكون في بيت المال ولا غيره .

[في المسخوط أو غيره يقول : دمي عند فلان]

وإذا قال المقتول : دمي عند فلان ، وهو مسخوط أو غير مسخوط ، فلا يتهم ، وليقسم ولاته على قوله ، وإن كانوا مسخوطين أيضاً فذلك لهم في

---

(١) في ز : ويستحقان .

(٢) في ز : أخوات .

(٣) في ز : شاهد واحد .

(٤) في هـ و ز : إذ لا يقسم .

(٥) في ز : الشاهد الواحد .

(٦) في ز : تغريب .

العمد والخطأ . وكذلك المرأة تقول : دمي عند فلان ، ولا يشبه المقتول الشاهد إذا كان مسخوطاً ، ألا ترى أن المدعي يحلف مع شاهده والمدعي مسخوط ، أو امرأة ، ويقسم مع قول المرأة وهي غير تامة الشهادة ، ولا يقسم(١) مع شهادتها .

[في الصبي والنصراني يدعي دمه عند فلان]

وإذا قتل صبي صبياً ، فقال المقتول : فلان الصبي قتلني ، وأقر القاتل بذلك ، وقامت على قول المقتول بينة عادلة ، فلا يقسم على قوله ، ولا يقبل إقرار الصبي(٢) ، ولا يجوز في ذلك إلا عدلان على معاينة القتل(٣) ، والصبي في هذا بخلاف المسخوط والمرأة ؛ لأن الصبي لو أقام شاهداً على حقه لم يحلف [معه](٤) .

ولو قام لنصراني أو عبد شاهد على حق له ، حلف معه واستحقه .

ولو قال النصراني : دمي عند فلان ، لم يقسم على قوله ؛ لأن النصراني لا يقسم ، وإنما يقسم المسلمون .

وإذا قال المقتول : دمي عند فلان ، فذكر رجلاً أورع أهل البلد ، أقسم مع قوله ، وإن رمى بذلك صبياً أقسم مع قوله ، وكانت الدية على عاقلة الصبي . وإن رمى ذمياً أو عبداً كان لورثته أن يقسموا ويقتلوا في العمد ،

---

(١) في ك : يقسم .

(٢) في ك و ط : إقرار الحي .

(٣) في ق : المقتول .

(٤) سقطت من ك .

فإن استحيوا العبد ، خير سيده بين أن يفديه بالدية أو يسلمه . وإن ادعى الخطأ اقسموا ، وخير سيده[1] في غرم الدية أو إسلامه بها ، وقيل لأهل جزية هذا الذمي : احملوا العقل .

[في ابن الملاعنة يقول : دمي عند فلان]

وإذا قال ابن الملاعنة : دمي عند فلان ، فإن كانت أمه معتقة فلمواليها[2] أن يقسموا ويستحقوا الدم في العمد والدية في الخطأ . وإن كانت من العرب أقسمت في الخطأ أمه وأخوته لأمه ، وأخذوا حظهم من الدية . وإن كان عمداً فلا قسامة فيه ، وهو كمن لا عصبة له ، فلا يقتل إلا ببينة ، وليس لإخوته لأمه من الدم في العمد شيء . وفي كتاب الولاء والمواريث[3] ذكر من يرثه .

وإذا قتل ابن الملاعنة ببينة ، فلأمه أن تقتل ، كمن قُتل وله أم وعصبة فصالح العصبة وأبت الأم إلا أن تقتل ، فذلك لها ، وإن ماتت الأم فلورثتها ما كان لها ، وكذلك ابن الملاعنة .

[في الشهادة على القتل ، وما يكون من ذلك قسامة أو غير قسامة]

وإذا شهد شاهدان على رجل بالقتل ، لم يكن في ذلك قسامة . ولو قال المقتول : دمي عند فلان وشهد شاهد أنه قتله ، لم يجتزأ بذلك ، ولا بد من القسامة .

وإذا شهد رجل عدل أن هذا الرجل ضرب فلاناً حتى قتله ، فلأوليائه أن يقسموا

---

(١) في هـ و ز : سيد العبد .

(٢) في ك : فلمواليه .

(٣) تقدم كتاب الولاء والمواريث في الجزء الثاني ، وانظر منه لهذه المسألة (ص ٦٣٨) .

ويقتلوا . وإن شهد أنه ضربه ، وعاش الرجل وتكلم[1] وشرب ، ولم يسألوه أين دمك ؟ حتى مات ، ففيه القسامة .

[في صفة يمين القسامة]

ويحلف الورثة في القسامة بالله الذي لا إله إلا هو أن فلاناً قتله ، أو مات من ضربه إن كان حياً ، ولا يزاد في أيمانهم الرحمن الرحيم ، وكذلك سائر الأيمان .

[في القسامة على العلم أو البت وكيفية توزيع دفع الدية على العاقلة]

ويمين القسامة على البت ، وإن كان أحدهم أعمى أو غائباً حين القتل .

وما لزم العاقلة من الدية ، فهو على الرجال خاصة دون النساء والذرية . ويؤدي الغني على قدره ومن دونه على قدره . وقد كان يحمل على الناس في أعطياتهم من كل مائة درهم ونصف .

[فيمن ادعى الدم على جماعة رجال ونساء]

وإذا ادعى الدم ورثة المقتول على جماعة ، وأتوا بلوث من بينة ، أو تكلم بذلك المقتول ، أو قامت بينة على أنهم ضربوه ، أو حملوا صخرة فرموا بها رأسه فعاش بعد ذلك أياماً ، وأكل وشرب ثم مات ، فللورثة أن يقسموا على واحد أيهم شاءوا ، ويقتلوا ولا يقسموا على جميعهم ويقتلوهم[2] ؛ لأن مالكاً قال : ولا يقسم في العمد إلا على واحد ، وإن ادعو الخطأ على جماعة وأتوا بلوث من بينة ، أقسم الورثة عليهم بالله الذي لا إله إلا هو أنهم قتلوه ، ثم تفرق الدية في قبائلهم في ثلاث سنين .

---

(١) في ز : وتكلم وأكل .

(٢) في ك : ويقتلونهم .

وكذلك إن قامت بينة أنهم جرحوه خطأ فعاش بعد ذلك أياماً ثم مات ، فليس للورثة أن يقسموا على واحد ويأخذوا الدية من عاقلته ، ولكن يقسمون[1] على جميعهم وتفرق الدية على عواقلهم في ثلاث سنين .

والفرق بين العمد والخطأ ، أنه[2] يقول : الضرب منا أجمعين[3] ، فلا تخصوا عاقلتي بالدية ، ولا حجة له في العمد إلا أن يقسم عليه ؛ لأن في القسامة على الجميع إيجاب لدمه[4] إن شاءوا قتله ، واللوث[5] من البينة : الرجل الواحد العدل الذي يرى أنه حاضر الأمر .

ومن أقام شاهداً أن فلاناً قتل عبده عمداً أو خطأ ، حلف يميناً واحدة مع شاهده ؛ لأنه مال ، وغرم له القاتل قيمته ، فإن كان القاتل عبداً خير سيده بين أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده ، فإن أسلمه لم يقتل ؛ لأنه لا يقتل بشهادة واحد ، ولأنه لا قسامة في العبيد في عمد ولا خطأ .

[في قتل العبد للحر ، والقتيل بين الصفين]

وإذا قتل عبد[6] رجلاً حراً ، فأتى ولاة الحر بشاهد على ذلك ، فلهم أن يحلفوا خمسين يميناً ويستحقون دم صاحبهم ، فيقتلوا العبد إن شاءوا ،

---

(١) في ق و هـ : يقسموا .

(٢) في ز : لأنه .

(٣) في ق : أجمعون .

(٤) في هـ : عليه دون أصحابه لأن القسامة على الجميع إيجاباً لدمه . وفي ز : عليه دون أصحابه لأن القسامة على الجميع إيجاب الدية .

(٥) تقدم تعريف القاضي عياض للوث قبل قليل ، انظر (ص٥٩٠) .

(٦) في هـ و ز : العبد .

أو يستحيوه ، فإن قالوا : نحلف يميناً واحدة ونأخذ العبد فنستحييه ، لم يكن لهم ذلك ؛ لأنه لا يستحق دم الحر إلا ببينة عادلة ، أو يحلفوا خمسين يميناً مع شاهدهم .

وليس فيمن قتل بين الصفين قسامة .

[في المرأة تضرب فتلقي جنيناً أو حياً فتقول : دمي عند فلان]

وإذا ضربت امرأة فألقت جنيناً ميتاً ، وقالت : دمي عند فلان ، ففي المرأة القسامة ولا شيء في الجنين إلا ببينة تثبت ؛ لأنه جرح من جراحها ولا قسامة في جرح ، ولا يثبت إلا ببينة أو بشاهد عدل ، فيحلف ولاته معه يميناً واحدة ويستحقون ديته .

وإن قالت : دمي عند فلان ، فخرج جنينها حياً ، فاستهل صارخاً ثم مات ، ففي الأم القسامة ، ولا قسامة في الولد ؛ لأنها لو قالت : قتلني ، وقتل فلانة [معي][١]، لم يكن في فلانة[٢] قسامة [شيء][٣].

وكذلك لو قالت : ضربني فلان ، وألقت جنيناً حياً فاستهل صارخاً ثم مات وعاشت الأم ، لم يكن فيه قسامة ، ولو قالت [وهي حية][٤]: قتل ابني ، لم يقبل قولها ، ولا قسامة في ابنها .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : فلان .

(٣) سقطت من ز ، وفي هـ : بشيء .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

[فيمن قتل فقال : دمي عند أبي ، وفي الورثة يكذب بعضهم نفسه بعد الخطأ في القسامة]

ومن قال : دمي عند أبي ، أقسم على قوله ، وكانت الدية في الخطأ على العاقلة ، وإذا كان عمداً ففي مال الأب .

وإذا حلف الورثة في قسامة العمد ، وهم رجال عدد ، ثم أكذب نفسه واحد منهم قبل القتل ، فلا سبيل إلى القتل إذا كان ممن لو أبى اليمين لم يقتل المدعى عليه .

[في صفة القصاص في القتل والجراح وعلى من يجب]

ومن قتل رجلاً بحجر قُتل بحجر ، وإن خنقه فقتله ، قُتل خنقاً ، وإن أغرقه أغرقته به ، ولو كتفه فطرحه في نهر ، فليُصنع به كذلك .

قال مالك : يقتل بمثل ما قتله به ، وإن قتله بعصا قُتل بعصا ، وليس في مثل هذا عدد ، فإن ضربه عصاوين فمات منهما ، فإن القاتل يضرب بالعصا أبداً حتى يموت ، وإن قطع يديه ثم رجليه ثم ضرب عنقه ، فإنه يقتل ، ولا تقطع يداه ولا رجلاه .

وكل قصاص عليه ، فالقتل يأتي على ذلك كله . وكذلك إن قطع يد رجل وفقأ عين آخر وقتل آخر ، فالقتل يأتي على ذلك كله .

وإن شهد شاهد أنه قطع يد رجل [خطأ][1] ، ثم قتله بعد ذلك عمداً ، فدية اليد على عاقلته ، ويقتل به القاتل ، ويستحقون دية اليد بيمين واحدة ، ولا يستحقون النفس إلا بقسامة .

---

(١) سقطت من ك .

وإذا قتل الصحيح سقيماً أجذم كان أو أبرص ، أو مقطوع اليدين و[1] الرجلين عمداً ، قتل به ، وإنما هي النفس بالنفس ، ولا ينظر إلى نقص البدن و[لا إلى][2] عيوبه .

[في القصاص بين الرجل والمرأة ، والجماعة يقتلون امرأة أو عبداً أو صبياً أو ذمياً]

ويقتل الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل ، وفي الجراح بينهما قصاص .

وإذا اجتمع نفر على قتل امرأة أو صبي أو صبية عمداً ، قتلوا بذلك ، وكذلك إن اجتمعوا على قتل عبد أو ذمي قتل غيلة[3] ، قتلوا به .

[في القصاص بين المملوك والحر والمسلم والكافر وما تحمل العاقلة من ذلك]

ولا يقتل الحر بالمملوك ، ولا المسلم بالكافر إذا قتله عمداً ، ولا قصاص بينهما في جرح ولا نفس إلا بقتله غيلة ، وإن قطع يديه ورجليه غيلة ، حكم عليه بحكم المحارب .

وإن قتل مسلم كافراً عمداً ، ضرب مائة وحُبس عاماً[4] . وإن قتله خطأ ، فديته على عاقلته . وكذلك إن كانوا جماعة ، فالدية على عواقلهم .

وإن جرحه المسلم أو قطع يده أو رجله ، أو قتله عمداً ، فذلك في ماله ،

---

(1) في ز : أو .

(2) سقطت من ك و ز .

(3) الغيلة ـ بكسر الغين المعجمة ـ هي : القتل لأخذ المال ، سواء كان القتل خفية ، كما لو خدعه فذهب به لمحل فقتله فيه لأخذ المال أو كان ظاهراً على وجه يتعذر معه الغوث ، وإن كان الثاني قد يسمى حرابة . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٣٨/٤)، منح الجليل (٥/٩) .

(4) في هـ : عاماً وديته عليه في ماله .

ولا تحمل العاقلة من عمد المسلم في جنايته على الذمي إلا المأمومة والجائفة ، وإنما استحسن مالك حمل العاقلة المأمومة والجائفة ، ولم يكن عنده بالأمر البين[1] .

قال ابن القاسم : وقد اجتمع أمر الناس أن العاقلة لا تحمل العهد . وفي كتاب الجنايات[2] ذكر القصاص بين العبيد .

[في جناية الجماعة على الواحد ، ومن قطع يد غيره من نصف الساعد أو قطع منها لحمة]

وإذا قطع جماعة يد رجل عمداً ، فله قطع أيديهم كلهم ، بمنزلة القتل ، والعين كذلك .

ومن قطع يد رجل من نصف الساعد ، اقتص منه ، وإذا قطع بضعة من لحمه ، ففيها القصاص .

[في الضرب بالسوط واللطمة]

مالك : ولا قود في اللطمة . قال ابن القاسم : وفي ضربة السوط القود .

---

(١) لكنه هو الذي رجع إليه وثبت عليه واختاره ابن القاسم ، وهو المعتمد في المذهب ـ كما تقدم ـ وإليه أشار خليل بقوله : « إلا ما لا يقتص منه من الجرح لإتلافه فعليها » ، قال عليش : استثنى من العمد فقال « إلا ما » أي جرحا عمداً لا يقتص منه لخوف إتلافه كجائفة وآمة . . . فديته عليها أي : على عاقلة الجاني ، فيها أي (المدونة) عقل المأمومة والجائفة عمداً على العاقلة ، ولو كان للجاني مال وعليه ثبت الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ وبه أقول . وقال أولاً : إنها في ماله إلا أن يكون عديماً فعلى العاقلة . انظر : منح الجليل (٩/١٣٩)، مختصر خليل (٢٦٤) .

(٢) وقد تقدم في هذا الجزء (ص ٥٢٩) .

قال سحنون : وروي عن مالك أنه لا قود فيه كاللطمة ، وفيه الأدب[1].

[في شهادة الصبيان بعضهم على بعض]

وإذا شهد صبيان على صبي قبل أن يفترقوا أنه جرح رجلاً أو قتله ، لم تجز شهادتهم ، وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم فقط . وهذا في كتاب الشهادات[2] مذكور .

[في القتل والجناية غيلة[3]]

وإذا اغتالت المرأة رجلاً على مال فقتلته ، حكم عليها بحكم المحارب .

ومن قطع يد رجل أو فقأ عينه [على وجه الغيلة][4]، فلا قصاص له ، والحكم فيه إلى الإمام ، إلا أن يتوب قبل أن يقدر عليه ، فيكون عليه القصاص .

ومن قتل وليه قتل غيلة ، فصالح فيه على الدية ، فذلك مردود ، والحكم فيه إلى الإمام ، إما أن يقتله أو يصلبه حياً ثم يقتله ، على ما يرى من أشنع ذلك .

---

(١) هذه رواية سحنون ، والمشهور في المذهب رواية ابن القاسم أن فيها القصاص ؛ لأنها تجرح غالباً ، بخلاف اللطمة ، وقد قال تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ . وإلى المشهور أشار خليل في مختصره معدداً ما فيه القصاص : « كضربة السوط وجراح الجسد » ، قال الدردير : « كضربة السوط » فيها القصاص ، بخلاف اللطمة كما يأتي لأنه لا انضباط لها ولا ينشأ عنها جرح غالباً بخلاف السوط . انظر : مختصر خليل (٢٥٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٥١/٤)، منح الجليل (٤٢/٩) .

(٢) تقدم كتاب الشهادات في الجزء الثاني ، وانظر منه لهذه المسألة (ص٥٨٦)

(٣) تقدم معنى القتل غيلة قبل قليل ، انظر (ص ٥٩٨) .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

[فيمن فقأ أعين جماعة أو قطع أيديهم وأرجلهم أو قطع عضواً ليس للقاطع مثل ذلك العضو]

ومن فقأ أعين جماعة [اليمنى][1] وقتاً بعد وقت ، ثم قاموا فلتفقأ عينه لجميعهم ، وكذلك اليد والرجل ، ولو قام أحدهم وهو أولهم أو آخرهم ، فله القصاص ، ولا شيء لمن بقي . وكذلك لو قتل رجلاً عمداً ، ثم قتل بعد ذلك رجالاً[2] عمداً ، قُتل ولا شيء عليه لهم .

ولو قطع يمين رجل ، ثم ذهبت يمين القاطع بأمر من الله تعالى ، أو سرق فقطعت يده ، فلا شيء للمقطوعة[3] يده ، وقال في أقطع الكف اليمنى يقطع يمين رجل صحيح من المرفق ، فالمجني عليه مخير إما أخذ عقل يده ، وإما قطع اليد الناقصة من المرفق ولا عقل له ، وكذلك من قطع يد رجل صحيح ، والقاطع قد قُطعت من يده ثلاثة أصابع ، فلصاحب اليد أن يأخذ العقل أو يقتص ، ولا عقل له .

ومن شج رجلاً موضحة فأخذت ما بين قرنيه[4] ، و[هي][5] لا تبلغ من الجاني إلا نصف رأسه ، أو أخذت نصف رأس المشجوج وهي تبلغ من الجاني ما بين قرنيه ، فإنما ينظر إلى قياس الجرح فيشق من رأس الجاني بقدره .

---

(١) سقطت من ك .

(٢) في ز : رجالاً .

(٣) في ق : للمقطوع .

(٤) قال الزرويلي : هذه استعارة ، يعني : موضع القرن من ذوات القرن . التقييد (٦/٣٩٠) .

(٥) سقطت من هـ .

وإن أوضحه من قرنه إلى قرنه في ضربة ، فهي موضحة [واحدة][1]، وإن ضربه ضربة [واحدة][2] فأوضحه موضحتين ، فله عقل موضحتين ، وما دون الموضحة في العمد ، ففيه القصاص .

وإن قطع أشل اليد اليمنى يمنى رجل ، فله العقل ولا قصاص له .

وإن قطع يد رجل عمداً ، ثم قطعت يد القاطع خطأ ، فديتها للمقطوع الأول ، وإن كان عمداً فللأول أن يقتص من قاطع قاطعه .

[في الجاني يُجنى عليه قبل القصاص منه وأثر ذلك في القصاص]

ومن قتل رجلاً [عمداً][3]، فعدا عليه أجنبي فقتله ، غرم ديته[4] لأولياء المقتول الأول ، ويقال لأولياء المقتول آخراً[5]: ارضوا أولياء المقتول أولاً وشأنكم بقاتل وليكم في القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم ، فلأولياء[6] الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم أن لا يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها .

ومن قتل رجلاً عمداً فحبس للقتل ، ففقأ رجل عينه أو جرحه في السجن عمداً أو خطأ ، فله القود في العمد والعقل في الخطأ ، وله العفو في عمده ، ولا شيء لولاة المقتول في ذلك كله ، وإنما لهم سلطان على من أذهب نفسه .

---

(١) سقطت من ق .

(٢) سقطت من ق و ز .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في ز : فدمه . وفي هـ و ز : فقتله عمداً فديته . وفي ك : فقتله فديته .

(٥) في ز و ط : الآخر .

(٦) في ز : فلأولياء المقتول .

وكذلك لو حكم القاضي بقتله وأسلمه إليهم ليقتلوه ، فقطع رجل يده عمداً ، فله القصاص ، بمنزلة ما وصفنا .

ومن قتل وليك عمداً فقطعتَ يده ، فله أن يقتص منك[1]. ولو قطعتَ يده أو فقأتَ عينه خطأ ، حملت ذلك عاقلتك ، ويستقاد له ما لم يقد منه ، وتحمل عاقلته ما أصاب من الخطأ .

ومن كسر بعض سن رجل ، ففيه القصاص برأي أهل المعرفة . وقد تقدم في كتاب الجراح[2] ذكر من يستقيد في الجراح والقتل .

[فيمن سقى رجلاً سماً فمات]

ومن سقى رجلاً سماً فقتله[3] ، فإنه يقتل بقدر رأي الإمام . والذين يسقون الناس السيكران[4] ويموتون منه ويأخذون أمتعتهم ، كالمحاربين .

[فيمن صالح أو عفا أو ضرب ثم مات بعد ذلك ، وما فيه القسامة]

ومن صالح من موضحة خطأ ، على شيء أخذه ثم نزى[5] منها فمات ، فليقسم ولاته أنه مات منها ، ويستحقون الدية على العاقلة ، ويرجع الجاني فيما دفع ، ويكون في العقل كرجل من قومه .

---

(١) في ز : فله القصاص بمنزلة ما وصفنا .

(٢) في ق و ك : في ذكر الجراح . وقد تقدم كتاب الجراح قبل هذا الكتاب في (ص ٥٤٥) .

(٣) في ز : فمات .

(٤) هكذا في المدونة ، وفي أغلب النسخ (السكران) ، والسيكران قيل : هو نبت دائم الخضرة القيظ كله وحبه أخضر ، وقيل : هو بقلة بخراسان . انظر : اللسان (٥٠٦/٦ و ٥٣٥) .

(٥) نزى أي : سال دمه منها ، أي : الموضحة . انظر : التقييد (٣٢٤/٦) .

وإن قطع يده عمداً فعفا عنه ثم مات منها ، فلأوليائه القصاص في النفس بقسامة ، إن كان عفا عن اليد لا عن النفس .

وللمقتول أن يعفو عن قاتله عمداً ، وكذلك في الخطأ إن حمل ذلك الثلث .

ومن ضُرب فمات تحت الضرب أو بقي مغموراً[١] ، لم يأكل ولم يشرب ولم يتكلم ولم يفق حتى مات ، فلا قسامة فيه ، وإن أكل وشرب وعاش حياة [بينة][٢] تعرف ، ثم مات بعد ذلك ، ففيه القسامة في العمد والخطأ ؛ إذ[٣] لعله مات من أمر عرض له غير ذلك ، وكذلك إن مكث يوماً أو يومين فتكلم ، [ولم يأكل ولم يشرب ، وكذلك إن قطع فخذه فعاش يومه ، فأكل وشرب ، ثم مات آخر النهار ، ففيه القسامة ، وأما إن شقت حشوته فتكلم][٤] ، وأكل وعاش يومين أو ثلاثة ، فإنه يقتل قاتله بغير قسامة إذا كان قد أنفذ مقاتله ، ألا ترى أن الشاة إذا خرق السبع بطنها فشق أمعاءها ونثرها[٥] أنها لا تؤكل ؛ لأنها غير ذكية ، وهي لا تحيا على حال .

---

(١) المغمور : الذي ذهب عقله من إغماء أو مرض . التقييد (٣٩٣/٦) .

(٢) سقطت من ق و ز .

(٣) في ز : إنه .

(٤) سقط ما بين المعكوفتين من ك و ز .

(٥) في هـ : ونثر حشوتها .

[في الجماعة يقتلون الواحد فيعفو الولي عن بعضهم دون بعض ، والأولياء يعفو بعضهم دون بعض]

وإذا قتل جماعة رجلاً عمداً ، فللولي قتل من أحب منهم ، أو العفو أو الصلح فيمن أحب [منهم][1].

ولو عفا المقتول عن أحدهم ، كان للورثة قتل من بقي . ومن قتل عمداً وله إخوة وجَدّ ، فمن عفا من الإخوة أو الجد ، جاز عفوه ، وليس للإخوة للأم في العفو عن الدم نصيب ، وإذا قامت بينة بالقتل عمداً ، وللمقتول بنون وبنات ، فعفو البنين جائز على البنات ، ولا أمر لهن مع البنين في عفو ولا قيام ، فإن عفوا على[2] الدية دخل فيها النساء ، وكانت على فرائض الله عز وجل ، وقضي منها دينه .

فإن عفا واحد من البنين سقط حظه من الدية ، وكان بقيتها بين من بقي على الفرائض[3] ، وتدخل في ذلك الزوجة وغيرها . وكذلك إذا وجب الدم بقسامة[4] ، ولو أنه عفا على الدية ، كانت له ولسائر الورثة على المواريث ، وإذا عفا جميع البنين ، فلا شيء للنساء من الدية ، وإنما لهن إذا عفا بعض البنين .

قال : والإخوة والأخوات إذا استووا فهم كالبنين [والبنات][5] فيما ذكرنا ،

---

(١) سقطت من هـ .

(٢) في ك : عن .

(٣) في هـ : على فرائض الله .

(٤) في ز و ط : وكذلك في هذا إذا وجب الدم بقسامة .

(٥) سقطت من ز .

وإن كان الأخوات شقائق والإخوة للأب ، [فلا عفو إلا باجتماعهم ؛ لأن الإخوة للأب معهن عصبة ، وإذا كان للمقتول بنات وعصبة ، أو أخوات وعصبة ، فالقول قول من دعا إلى القتل ، كان من الرجال أو من النساء][1].

ولا عفو إلا باجتماعهم ، إلا أن يعفو بعض البنات وبعض العصبة ، أو بعض الأخوات وبعض العصبة ، فلا سبيل إلى القتل ، ويقضى لمن بقي بالدية .

وإن قال بعض البنات : نقتل ، وبعضهن : نعفو ، نظر إلى قول العصبة ، فإن عفوا تم العفو ، وإن قالوا : نقتل ، فذلك لهم . وإن قال بعض العصبة وبعض البنات : نقتل ، وعفا من بقي من العصبة والبنات ، فلا سبيل إلى القتل .

وإن لم يترك إلا ابنته وأخته[2] ، فالابنة أولى بالقتل وبالعفو ، وهذا إذا مات مكانه ، وإن عاش وأكل وشرب ثم مات ، فليس لهما أن يقسما ؛ لأن النساء لا يقسمن في العمد ، وليقسم العصبة ، فإن أقسموا وأرادوا القتل وعفت الابنة ، فلا عفو لها ، وإن أرادت القتل وعفا العصبة ، فلا عفو لهم إلا باجتماع منهم ومنها[3] ، أو منها وبعضهم[4] .

[وإن كان رجلاً لا عصبة له وكان القتل خطأ ، أقسمت أخته وابنته وأخذتا الدية][5] ، وإن كان عمداً لم يجب القتل إلا ببينة .

---

(١) سقط ما بين المعكوفتين من ك .

(٢) في ك : أو أخته .

(٣) في هـ و ز : أو منها .

(٤) في ك و هـ : ومنها أو بعضهم .

(٥) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

ومن أسلم من أهل الذمة أو رجل لا تعرف عصبته ، فقتـل عمـداً أو مـات مكانـه وترك بنات ، فلهن أن يقتلن ، فإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل ، نظـر السـلطان بالاجتهاد في ذلك إذا كان عدلاً ، فإن رأى العفو أو القتل أمضاه .

وإن ادعى القاتل أن وليّ الدم عفا[1] ، فله أن يستحلفه ، فـإن نكـل ردت اليمـين على القاتل ، فإن ادعى القاتل بينة غائبة[2] على العفو تلوم له الإمام .

وإذا كان للمقتول عمداً ولد صغير وعصبة ، فللعصبة أن يقتلوا أو يـأخذوا الديـة ويعفوا ، ويجوز ذلك على الصغير ، وليس لهم أن يعفو على غـير مـال . وكذلـك مـن وجب لابنه الصغير دم عمد أو خطأ ، لم يجز للأب أن يعفو [فيه][3] إلا على الدية لا أقل منها ، فإن عفا الأب في الخطأ وجعل[4] الدية في ماله ، جـاز ذلـك إن كـان الأب ملياً يُعرف ملاؤه ، فإن لم يكن ملياً لم يجـز عفـوه . وكذلـك العصبـة ، وإن لم يكونـوا أوصياء .

[في اليتيم يُجرح أو يقتل]

وإذا جرح الصبي عمداً وله وصي ، فللوصي أن يقتص لـه ، وأمـا إن قتـل فولاتـه أحق من الوصي بالقيام بذلك ، وليس للأب أن يعفو عمن جرح ابنـه الصغـير ، إلا أن يعوضه من ماله .

---

(١) في هـ : عفا عنه .

(٢) في ز : غائبة بعيدة .

(٣) سقطت من هـ .

(٤) في ز : وتحمل .

وليس للوصي أيضاً أن يعفو في ذلك إلا على مال على وجه النظر ، والعمد في ذلك والخطأ سواء .

ولا يأخذ الأب والوصي في ذلك أقل من الأرش ، إلا أن يكون الجارح عديماً فيرى[1] الأب أو الوصي من النظر صلحه على أقل من دية الجرح ، فذلك جائز .

وإذا قُتل للصغير عمداً عبد ، فأحب إليّ أن يختار أبوه أو وصيه أخذ المال ؛ إذ لا نفع له في القصاص .

[ذكر فضل الخلفاء الأربعة ومراتبهم[2]]

وسئل مالك ـ رضي الله عنه ـ عن خير الناس بعد نبيهم ؟ فقال : أبو بكر [ثم عمر][3]، ثم قال : أوَفي ذلك شك ؟ فقيل : فعلي وعثمان أيهما أفضل ؟ فقال : ما أدركت أحداً ممن يقتدى به يفضل أحدهما على صاحبه[4] ويرى الكف عنهما .

---

(١) في ز : فيبرأ .

(٢) هكذا وردت هذه المسألة في هذا الموضوع في التهذيب وفي المدونة ، وقد ذكر بعضهم في تعليق على المدونة أنه لا مناسبة لذكرها هنا ، وأرجع ذكرها هنا إلى ما كان قبل ترتيب المدونة وتهذيبها ، وأنها تركت سهواً ، إلا أن هذا التوجيه فيه نظر ، فإن هذه المسألة موجودة في هذا الموضع في التهذيب ، مما يدل على أنها موجودة حتى بعد تهذيب المدونة وترتيبها . ولعل مناسبة وجودها هنا ـ والله أعلم ـ أنه لما كان في معرض ذكر القصاص في النفوس والأطراف وما يقع فيه التكافؤ من ذلك ، ناسب الحديث أن يسأله عن أفضل الناس ، وإن لم يكن لذلك أثر في القصاص بين الأحرار ، إلا أن الكلام يجر إلى ذلك ويذكّر به .

(٣) سقطت من ق و ك .

(٤) قال القاضي عياض : هذا قول مأثور عن مالك هنا وفي غيره ، وعنه أيضاً ـ وهو المشهور عنه ـ تقديم عثمان ، وهو الذي عليه أكثر جماعة السلف والناس ، وأنهم في الأفضلية على ترتيبهم في الخلافة ، واختلف في تأويل قول مالك هنا ، فمنهم من جعله مذهباً آخر ، واختلافاً من قوله =

[فيمن قتل القاتل دون أمر الإمام ، والمقتول خطأ يعفو عن دمه أو يوصي لرجل بثلثه بعد الضرب أو قبله]

ومن وجب لهم[1] الدم قبل رجل ، فقتلوه قبل أن ينتهوا به إلى الإمام ، فلا شيء عليهم غير الأدب .

وإذا عفا المقتول خطأ عن ديته ، جاز ذلك في ثلثه ، فإن لم يكن له مال وأوصى مع ذلك بوصايا ، فلتتحاص العاقلة وأهل الوصايا في ثلث ديته .

ولو أوصى بثلثه لرجل بعد الضرب دخلت الوصية في ديته ؛ لأنه قد علم أن قتل الخطأ مال . وكذلك إن أوصى بثلثه قبل أن يضرب وعاش بعد الضرب ومعه من عقله ما يعرف به ما هو فيه فلم يغير الوصية ، فإنها تدخل في ديته [إلا أن تختلس[2] نفسه ولا يعرف له بعد الضرب حياة ، فلا تدخل الوصايا في ديته][3].

ولو كان القتل عمداً فقبل الأولياء الدية ، لم تدخل فيه الوصايا وإن عاش بعد الضرب ، وتورث على الفرائض[4]، إلا أن يكون عليه دين فأهل الدين أولى بذلك .

= في المسألة ، إلا أنه رجع عنه ، وقال بتفضيل عثمان ، ومنهم من قال : إن كفه عنهما لأجل اختلاف الناس في التشيع فيهما والتجاذب والتعصب بينهما ، حتى سمي الناس بعثماني وشيعي . انظر : التقييد (٦/٣٩٦)، المدونة (٦/٤٥١)، المقدمات (٣/٣٩١) .

(١) في ق و ك : له .

(٢) تختلس : تخرج بسرعة . انظر : المصباح (١٧٧) .

(٣) سقط ما بين المعكوفتين من ز .

(٤) في ز : على فرائض الله عز وجل .

[فيمن قتل رجلاً وصار وارثه ، وموت وارث المقتول ، ومن له القيام بالدم]

ومن قتل رجلاً عمداً ، فلم يقتل حتى مات أحد ورثة المقتول وكان القاتل وارثه ، بطل القصاص ؛ لأنه ملك من دمه حصة ، فهو كالعفو[1] ، ولبقية أصحابه عليه[2] حصتهم[3] من الدية . وإن مات وارث المقتول الذي له القيام بالدم ، فورثته مقامه في العفو والقتل .

وإن مات من ولاة الدم رجل وورثه رجال ونساء ، فللنساء من القتل أو العفو ما للذكور ؛ لأنهم ورثوا الدم عمن له العفو أو القتل .

ومن قُتل عمداً وله بنون وبنات ، فماتت واحدة من البنات وتركت بنين ذكوراً ، فلا شيء لهم من الدم في عفو ولا قيام ، كما لم يكن لأمهم ، وإنما لهم إن عفا بعض البنين الذكور عن الدم حصة أمهم من الدية لا غير .

ومن قتل رجلاً عمداً فكان وليّ الدم ولد[4] القاتل ، فقد كره [له][5] مالك[6] القصاص منه ، وكان[7] يكره أن يحلفه في الحق ، فكيف يقتله ؟! .

---

(١) في ك : فهو كالعبد .

(٢) في ز : عليهم .

(٣) في هـ و ز : حظهم .

(٤) في ز : ولي .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) الكراهة هنا على المنع ـ كما تقدم ـ في كتاب المديان وكتاب القذف ، وانظر : التقييد (٦/٣٩٧) .

(٧) في ز : وقال .

وإذا هرب القاتل ، فلولاة الدم أن يقيموا عليه البينة في غيبته ويقضى عليه ؛ لجواز القضاء على الغائب ، فإذا قدم كان على حجته ولا تعاد البينة .

وإذا أفلست امرأة ، ثم تزوجت وأخذت مهراً ، فليس لغرمائها فيه قيام بدينهم ، ولا تقتضي منه ديناً ، ويبقى زوجها بلا جهاز[1] ، إلا أن يكون الشيء الخفيف كالدينار ونحوه . وفي كتاب التفليس[2] إيعاب هذا بحمد الله تعالى .

[فيمن دفع إلى صبي دابة أو سلاحاً فعطب ، أو وطئت الدابة وعليها رجلان أو رجل أو كان عليها سائق أو قائد]

ومن دفع إلى صبي دابة أو سلاحاً يمسكه[3] ، فعطب بذلك ، فديته على عاقلته . وكذلك الدابة يسقيها له ، وعليه عتق رقبة .

ومن حمل صبياً على دابة يمسكها أو يسقيها ، فوطئت رجلاً فقتلته ، فالدية على عاقلة الصبي ، ولا رجوع لعاقلته على عاقلة الرجل الذي حمله على الدابة بشيء ، وإن كان رجلان مرتدفان على دابة فوطئت رجلاً بيديها أو برجليها فقتلته ، فأراه على المقدم إلا أن يعلم أن المؤخر حركها أو ضربها فيكون عليهما ؛ لأن المقدم بيده لجامها ، أو يأتي من فعلها أمر يكون من المؤخر لا يقدر المقدم على دفعه ، وذلك مثل أن يضربها المؤخر فترمح لضربه ، فتقتل رجلاً ، فهذا وشبهه

---

(١) أي فلا بد أن تقدم جهاز زوجها من مهرها على ديون الغرماء ، أما أن تقضي الدين ويبقى زوجها بلا جهاز فلا .

(٢) تقدم كتاب التفليس في الجزء الثالث (ص ٦٣٣) .

(٣) في ز : يمسكه أو يسقيها .

على عاقلة المؤخر خاصة . ولا يضمن المقدم النفحة[1] إلا أن يكون سببها[2] من فعله ، وإذا كان صنيعها[3] لفعل المؤخر[4] لم يعلم به المقدم ولا استطاع حبسها ، فذلك على المؤخر خاصة ، وإن كان المقدم صبياً فإن كان قد ضبط الركوب ، فهو كالرجل فيما ذكرنا . ولا يضمن المقدم ما كدمت[5] إلا أن يكون ذلك بسببه .

وكذلك الراكب على الدابة لا يضمن ما كدمت أو نفحت[6] ، إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها . ويضمن ما وطئت بيديها أو رجليها ؛ لأنه هو يسيرها .

وإن جمحت دابة براكبها فوطئت إنساناً فعطب ، فهو ضامن .

ومن نخس دابة[7] [رجل ، فوثبت][8] فقتلت إنساناً ، فديته على عاقلة الناخس .

ومن قاد قطاراً ، فهو ضامن لما وطئ البعير في أول القطار أو في آخره .

---

(١) في ز : البعجة . والنفحة : الضربة بالرجل ، من نفحت الناقة إذا ضربت برجلها . مختار الصحاح (٣١٥) .

(٢) في ز : شبيهاً .

(٣) في هـ : منها . وفي ز : من فعلها .

(٤) في ز : يمسكه أو يسقيها .

(٥) كدمت أي : عضت بأدنى فمها ، والكدم : العض بأدنى الفم كما يكدم الحمار . مختار الصحاح (٢٦٧) .

(٦) في ز : بعجت .

(٧) نخس الدابة : طعنها بعود ونحوه فهاجت ، ومنه قيل لدلال الدواب ونحوها : نخاس . المصباح (٥٩٦) .

(٨) سقط ما بين المعكوفتين من ق ، وفي هـ : فوثبت .

وإن نفحت[1] رجلاً فأعطبته ، لم يضمن القائد ذلك إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها . والقائد والسائق[2] ضامن لما وطئت الدابة بيديها أو برجليها .

وإن اجتمع قائد وسائق وراكب ، فما أوطئت الدابة فعلى القائد والسائق ، إلا أن يكون فعلها بسبب الراكب ، فذلك عليه ، خاصة إذا لم يكن فيه عون من القائد أو السائق .

[في جمّال سقط عدله على رجل فمات ، والذي يسقط من دابته على أحد فيموت]

وقال مالك في جمّال حمل عدلين على بعير لغيره بإذنه وهو أجير ، فسار به وسط السوق ، فانقطع الحبل ، فسقط عدل على أحد فقتله : إن الجمال ضامن من دون صاحب البعير .

ومن سقط عن دابته على أحد فقتله ، فالساقط ضامن ، وذلك على عاقلته .

[فيمن ، أشرع[3] ميزاباً أو ظلة أو حفر بئراً ونحوه ، وضمان ضرر ذلك]

[4] وما أشرع الرجل في طريق المسلمين من ميزاب ، أو ظلة ، أو حَفْر بئرٍ ، أو سرب[5] للماء أو للريح في داره أو في أرضه ، أو حفر شيئاً مما يجوز له[6] في داره

---

(١) في ز : بعجت .

(٢) في ز : والسائق والراكب .

(٣) أشرع أي : أحدث ، يقال : أشرع الرجل باباً إلى الطريق . انظر : المصباح (٣١٠)، التقييد (٦/٣٩٩) .

(٤) في هـ : قال مالك .

(٥) في ق و ز : أو سرباً .

(٦) في ك : مما يجوز له حفره .

أو في طريق المسلمين ، مثل : بئر المطر[1] أو مرحاض يحفره إلى جنب حائطه ، فلا غرم عليه لما عطب في ذلك كله ، وما صنعه في طريق المسلمين مما لا يجوز له من حفر بئر أو رباط دابة ونحوه ، فهو ضامن لما أصيب بذلك .

وإن حفر حفيراً[2] في داره ، أو جعل حبالة[3] ليُعطب بها سارقاً ، فعطب فيها السارق أو غيره ، فهو ضامن لذلك . وإن حفر حفيراً في دار رجل بغير إذنه ، فعطب فيه إنسان[4] ، ضمنه الحافر .

[فيمن اتخذ كلباً عقوراً ، ومن كان له حائط مخوف ، وما يضمن من ذلك]

[مالك :][5] ومن اتخذ كلباً عقوراً ، فهو ضامن لما أصاب إن تقدم إليه فيه .

قال ابن القاسم : وذلك إذا اتخذه حيث يجوز له ، فلا يضمن ما أصاب حتى يتقدم إليه فيه ، وإن اتخذه بموضع لا يجوز له اتخاذه فيه كالدور وشبهها وقد عرف أنه عقور ، ضمن ما أصاب .

والحائط المخوف إذا أُشهد [به][6] على ربه ، ثم عطب تحته[7] أحد ، فربه ضامن ، وإن لم يشهدوا عليه ، لم يضمن وإن كان مخوفاً .

وإن كانت الدار مرهونة أو مكتراة ، لم ينفعهم الإشهاد إلا على ربها ،

---

(١) في ق : الطريق .

(٢) الحفير والحفيرة : ما يحفر في الأرض ، والجمع حفائر . المصباح (١٤٢) .

(٣) الحبالة : الشرك ونحوه مما يصاد به ، والجمع حبائل . المصباح (١١٩) .

(٤) في هـ : السارق .

(٥) سقطت من هـ .

(٦) سقطت من باقي النسخ عدا ق .

(٧) في هـ و ز : به .

فإن غاب رفع أمره إلى الإمام ولم ينفعهم الإشهاد على الساكن ، إذ ليس له[1] هدم الدار .

[في الذي يستأجر عبداً على بئر يحفرها أو كتاب يبلغه ولم يستأذن في ذلك سيده]

ومن استأجر عبداً في بئر يحفرها له ، ولم يأذن له سيده في الإجارة ولا في العمل ، أو بعثه بكتاب إلى سفر بغير إذن سيده ، فعطب فيه ، فهو ضامن .

[في اصطدام الفارسين والسفينتين]

[2] وإذا اصطدم فارسان ، فمات الفارسان والراكبان ، فدية كل واحد على عاقلة الآخر ، وقيمة فرس كل واحد في مال الآخر .

ولو أن سفينة صدمت سفينة أخرى ، فكسرتها فغرق أهلها ، فإن كان ذلك من ريح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها ، فلا شيء عليهم ، وإن كانوا قادرين على أن يصرفوها فلم يفعلوا ، ضمنوا .

ولو أن حراً أو عبداً اصطدما ، فماتا جميعاً ، فثمن الغلام في مال الحر ، ودية الحر في رقبة الغلام ، فإن [كان][3] في ثمن الغلام فضل عن دية الحر ، كان في مال الحر ، وإلا فلا شيء لسيد العبد .

وإن قتل حر وعبد جميعاً رجلاً خطأً ، فعلى عاقلة الحر نصف الدية ، ويقال لسيد العبد : ادفع عبدك أو افده بنصف الدية .

---

(١) في ز : لهم .

(٢) في هـ : قال مالك .

(٣) سقطت من ز .

[فيمن جرح رجلاً جرحين وجرحه الآخر ، والعبد يقتل رجلاً له وليان ، أو رجلين لهما ولي واحد ، أو لكل واحد ولي]

ومن جرح رجلاً جرحين خطأ ، وجرحه آخر جرحاً خطأ ، فمات من ذلك فأقسمت الورثة عليهما ، كانت الدية على عاقلتيهما[١] بنصفين ، لا على الثلث والثلثين .

وإذا قتل العبد رجلاً له وليان ، فعفى أحدهما ، قيل لسيده : ادفع نصفه أو افده بنصف الدية ، وإن قتل قتيلين وليهما واحد ، فليس له أن يسلم نصفه بدية أحدهما ويفتك نصفه بدية الآخر ، ولكن يسلمه كله أو يفتكه بديتيهما ، وإن كان لكل قتيل أولياء ، فعفا أولياء أحدهما ، فلأولياء الآخر قتله ، فإن استحيوه ليأخذوه ، قيل لسيده : إما أن تسلم نصفه أو تفديه بالدية .

[في العبد يجرح رجلاً فيموت من الجرح ، والعبيد يجرحون رجلاً أو يقتلوه وهم لمالك واحد أو لجماعة]

وإذا جرح العبد رجلاً ، فبرأ جرحه ، وفدى العبد سيده ، ثم انتقض الجرح فمات منه ، فليقسم ولاته ولهم قتله في العمد ، فإن استحيوه على استرقاقه ، صار العمد[٢] كالخطأ ، وخير سيده بين أن يسلمه أو يفديه بالدية ، فإن أسلمه رجع بما دفع أولاً في الجرح ، وإن فداه قاصه به[٣] في الدية .

---

(١) في ز : عاقلتهما .

(٢) في هـ و ز : الجرح .

(٣) في ك : ربه .-وفي ز : بها .

ولو أن عبيداً قتلوا رجلاً خطأ ، أو جرحوه وهم لمالك واحد أو لجماعة ، فدية النفس أو الجرح تقسم على عددهم ، فمن شاء سيده منهم فداه بما يقع عليه أو أسلمه ، قلّت قيمته أو كثرت ، قلّ ما يقع[1] عليه أو كثر ، كانوا لواحد أو لجماعة .

[فيمن فقأ عيني عبد أو قطع يديه ، وفي جناية المدبر ، وفي العبد نصفه حر]

ومن فقأ عيني عبد[2] أو قطع يديه جميعاً فقد أبطله ، ويعتق عليه ويضمن قيمته ، فإن لم يبطله مثل أن يفقأ عينه الواحدة أو يجذع أذنه وشبهه فعليه ما نقصه ولا يعتق عليه . وقد سمعت أنه يسلم إلى من فعل ذلك به ويعتق عليه[3] ، وذلك رأيي إذا أبطله على صاحبه .

[في العبد يقطع يد رجل أو يفقأ عينه ويقتل آخر]

وإذا قطع عبدك يد رجل خطأ ، وقتل[4] آخر خطأ ، فإن أسلمته فهو بينهما أثلاثاً ، ولو استهلك مع ذلك مالاً ، حاص أهل المال أهل الجراح في رقبته بقيمة

---

(١) في ز : ما يصير .

(٢) في هـ و ز : عبد لرجل .

(٣) وهذا رأي أشهب ، وقول ابن القاسم : « وذلك رأيي إذا أبطله على صاحبه » يحتمل أن يكون تكراراً لقوله السابق وتأكيداً له ، وقد تقدم له أن الذي يبطله على صاحبه فقءُ عينيه وقطع يديه ، وأما فقء عين واحدة وقطع يد واحدة ، فإنه ينقصه ولكن لا يبطله فلا يعتق عليه به . ويحتمل أن يكون أراد أن فقء عين واحدة أو قطع يد واحدة قد يكون مبطلاً له إذا كانت عينه الباقية ضعيفة النظر أو يده الباقية شلاء . وانظر : التقييد (٤٠٢/٦) .

(٤) في ق : أو قتل .

ما استهلك لهم ، ولو قتل [رجلاً][1] واحداً خطأ ، وفقأ عين آخر[2] ، فلك[3] أن تفدي ثلثيه في القتل بجميع الدية ، وتسلم إلى صاحب العين[4] ثلثه ، فيكون معك[5] في العبد شريكاً .

[في جناية المدبر وفي العبد نصفه حر]

وقال في المدبر يجني ، فتسلم خدمته في الجناية ، فيموت السيد قبل أن يفي ما خدم بالجناية ، فلم يحمله الثلث فيعتق منه محمل الثلث : فإنه ينظر ما بقي لأهل الجناية فيقسم [على][6] ما رق منه وما عتق ، فإما فدى الورثة ما رق منه بما ينوبه أو أسلموه ، وما وقع على المعتق منه أتبع به .

قيل : أفيأخذون [منه][7] جميع كسبه حتى يستوفوا بقية الجناية التي صارت لهم على العتيق منه ؟ قال : قد قال مالك ـ رحمه الله ـ في العبد نصفه حر يجني ، فيفدي السيد حصته : إن ما بيد العبد من مال يؤخذ في نصف الجناية التي لزمته[8] ، وكذلك المدبر فيما بيده من المال .

---

(١) سقطت من ز .

(٢) في هـ و ز : آخر خطأ .

(٣) في ق : فله .

(٤) في ق : الدين .

(٥) في ق : معه .

(٦) سقطت من ك .

(٧) سقطت من ق و ز .

(٨) في ك : التي لزمت العتيق منه .

وأما ما اكتسب العبد من مال ، فلا يؤخذ من[1] الجزء العتيق إلا ما فضل عن عيشه وكسوته ، والذي أُخذ من العبد في جنايته إنما هو قضاء لنصيبه الذي عتق منه ، فإن كان كفافاً لم يتبع بشيء ، وإن كان فيه فضل ، وقف الفضل بيده ، وإن قصر عن ذلك أتبع[2] به في حصة الحر ، وأما ما رق لهم منه ، فلا يتبعوه فيه بشيء من الجناية ؛ لأنه رقيق لهم ، وعليهم أن يطعموه ويكسوه بقدر الذي رق لهم .

[في العبد الراكب يمشي على صبي فيقطع أصبعه]

قال مالك ـ رحمه الله ـ في عبد على برذون ، مشى على أصبع صبي فقطعها ، فتعلق به يقول : هذا فعل بي ذلك ، وصدقه العبد : فما كان في مثل هذا ، يتعلق به وهو يدمي ، ويقر به العبد ، [فهو][3] في رقبته إما فداه سيده أو أسلمه ، وأما على غير هذا من إقرار العبد ، فلا يقبل إلا ببينة ، وإن أقر العبد بقتل عبد لهم ، فلهم قتله ، فإن استحيوه فليس لهم ذلك ؛ للتهمة أن يكون أقر ليفر إليهم .

[في العبد يجني وهو معار أو مودع أو مرهون أو مستأجر]

وإن جنى عبد في يديك عارية ، أو وديعة ، أو رهناً ، أو بإجارة ، وهو لرجل[4]

---

(١) في هـ : فلا يؤخذ منه .

(٢) في ك : بيع .

(٣) سقطت من ز .

(٤) في هـ و ز : وهو مولاه .

غائب ففديته ، ثم قدم [الغائب][1] ، فإما دفع إليك ما فديته وأخذه ، وإلا أسلمه إليك ولا شيء عليه .

[في المكاتب يعجز وعليه دين أو يكون له عبد مأذون في التجارة وعليه هو والعبد المأذون دين]

وإن عجز المكاتب وعليه دين ، فدينه في ذمته إلا أن يكون له مال حين عجز ، فيؤدوا منه الدين ، وكلما أفاد[2] بعد عجزه ، فللغرماء أن يأخذوه في دينهم ، إلا ما كان من كسب يده وعمله في الأسواق .

وإذا أذن المكاتب لعبده في التجارة ، فرهق العبد دين ، وعلى المكاتب دين ، فقام الغرماء ، فالعبد يباع في دين المكاتب ويثبتون[3] أن عليه ديناً ، ويبقى دين العبد في ذمته يتبع به .

[في جناية المكاتبة والمدبرة والأمة الحامل وحكم ولدهن بعد الجناية]

وإذا جنت مكاتبة ، ثم ولدت فماتت ، فلا شيء على الولد من جنايتها ، ولا مما في ذمتها من دين . وكذلك المدبرة تلد بعد الجناية ، فلا يدخل ولدها في الجناية ، وكذلك الأمة تجني وهي حامل ، أو حملت بعد أن جنت ثم وضعت ، فلا يسلم ولدها معها في الجناية ، وتسلم بمالها ، كسبته بعد الجناية أو قبلها . وإذا جنت الأمة ، منع سيدها من وطئها حتى يحكم فيها .

---

(١) سقطت من ك و هـ و ز .

(٢) في ز : أفاد مالاً .

(٣) في ك و هـ : ويبينون .

[في أم الولد تقتل رجلاً عمداً وله وليان]

وإذا قتلت أم الولد رجلاً عمداً له وليان ، فعفا أحدهما ، فعلى السيد الأقل من نصف قيمتها أو نصف الدية ، وإذا قال : لا أدفع [إليكم][1] شيئاً ، إنما لكم قتل ، فليس ذلك له ، كالحر يقتل رجلاً له وليان فيعفو أحدهما ، فعليه للآخر نصف الدية ، ويجبر على ذلك .

[في شهادة النساء في دم العمد]

ولا تجوز شهادة النساء في دم العمد ، ولا في العفو عنه .

[فيمن قطع أصابع رجل عمداً ثم قطع كفه ، أو طرحه في نهر ولم يدر أنه لا يعلم العوْم]

ومن قطع أصابع رجل [عمداً][2]، ثم قطع بقية كفه ، فإنما عليه أن يقطع يده من الكف ، إلا أن يكون فعل ذلك به على وجه العذاب ، فيصنع به مثل ذلك .

ولو طرح رجلاً في نهر ولم يدر أنه لا يحسن العوم ، [فمات][3]، فإن كان على [وجه][4] العداوة والقتال ، قُتل به ، وإن كان على غير ذلك ، فعليه الدية ولا يقتل به .

---

(١) سقطت من هـ و ز .

(٢) سقطت من ق .

(٣) سقطت من ك و ز .

(٤) سقطت من ك و ز .

[في اختلاف الشهادة في القتل ، ومن وضع سيفاً في الطريق ليقتل رجلاً فعطب به ذلك الرجل أو غيره]

وإن شهد رجل أن فلاناً قتل فلاناً بالسيف ، وشهد آخر أنه قتله بالحجر ، فذلك باطل ، ولا يقسم بذلك[1].

ومن وضع سيفاً في طريق المسلمين ، أو في موضع يرصد به قتل رجل ، فعطب به ذلك الرجل ، فإنه يقتل به[2] ، وإن عطب به غيره ، فديته على عاقلته .

قال المصنف ـ رضي الله عنه ـ : وقد تركت من هذا الباب[3] مسائل كثيرة ، قد تقدم ذكرها في كتاب التفليس ، وفي كتاب الجنايات [وغيره][4] ، فأغنى عن إعادتها[5].

* * *

[قال خلف بن أبي القاسم البراذعي القروي : قد تضمن هذا الكتاب مسائل المدونة والمختلطة كلها ، خلا كثيراً من تكرارها وآثارها ، وأجريت فيه ذكر مالك وغيره من أصحابه ، فيما لا غنى فيه عنه ، مما هو في المدونة ، وجعلت ما لم أذكر قائله من المسائل منسوباً إلى عبد الرحمن بن القاسم ، وإن كانت كلها قول مالك ،

---

(١) أي لا تجري فيه القسامة ؛ لأن الشهادة هنا باطلة بسبب الاختلاف . وانظر : التقييد (٤٠٣/٦).

(٢) في ق : فإنه يفتديه .

(٣) في ز : الكتاب .

(٤) سقطت من هـ .

(٥) تقدم كتاب التفليس في الجزء الثالث ، وكتاب الجنايات في هذا الجزء .

فمنها ما سمعه منه ، أو بلغه عنه ، أو قاسه على أصوله ، إلا ما بيّن أنه خالفه فيه واختاره من أحد قوليه ، فإني ذكرت ذلك حسبما هو في المدونة ، وما كان في هذا الكتاب « وهو أحب إليّ » ، أو « وبه أقول » ، فهو اختيار ابن القاسم ، والله تعالى أسأله التوفيق برحمته ، وحسبنا الله ونعم الوكيل][1].

[تم جميع الديوان بحمد الله وعونه ، في العشر الأواخر من شعبان المكرم ، سنة خمس وثلاثين وخمسمائة ، فرحم الله كاتبه وكاسبه وصلى الله على محمد خاتم النبيين وسلم تسليماً][2].

* * *

* *

*

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة انفردت بها نسخة ط من بين النسخ ، وقد أثبتناها لما فيها من فوائد ، حيث بيّن فيها المصنف منهجه وفسر فيها بعض مصطلحاته .

(٢) هذه خاتمة مخطوطة القرويين التي رمزنا لها بـ ق وجعلناها هي الأصل ، وهي أقدم النسخ التي كانت بين أيدينا ، وفي نسخة ك : تم كتاب الديات وبتمامه كمل جميع الديوان المبارك في مذهب الإمام أبي عبد الله مالك ـ رضي الله عنه ـ ، وذلك في يوم الأربعاء سادس عشرين ربيع الأول سنة اثنين وأربعين وثمانمائة ، أحسن الله عاقبتها . وفي ز : وكان الفراغ من نسخه يوم الأربعاء المبارك الخامس والعشرين من شهر رمضان المعظم قدره وحرمته ، من شهور سنة أربع وستين وتسعمائة .



فِهرس الموضوعات

﴿ كتاب المأذون له في التجارة ﴾

﴿ كتاب الحمالة ﴾

﴿ كتاب الحوالة ﴾

﴿ كتاب الرهون ﴾

﴿ كتاب الغصب ﴾

﴿ كتاب الاستحقاق ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ كتاب القسم ﴾

« كتاب الوصايا »

﴿ كتاب الوصايا الثاني ﴾

﴿ كتاب الوديعة ﴾

« كتاب العارية »

« كتاب الحبس »

﴿ كتاب الصدقة ﴾

﴿ كتاب الهبة ﴾

« كتاب الهبات »

﴿ كتاب اللقطة والضوال ﴾

﴿ كتاب الآبق ﴾

﴿ كتاب حريم الآبار ﴾

﴿ كتاب الحدود في الزنا ﴾

﴿ كتاب القطع في السرقة ﴾

﴿ كتاب المحاربين ﴾

﴿ كتاب القذف ﴾

« كتاب الأشربة »

« كتاب جنايات العبد »

« كتاب الجراح »

« كتاب الديات »

* * *